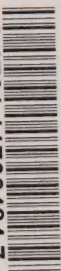


CA1
LCC
-1999
S24

Setting Judicial Compensation

Multidisciplinary Perspectives

3 1761 11766484 7



LAW COMMISSION OF CANADA
COMMISSION DU DROIT DU CANADA

Setting Judicial Compensation

Multidisciplinary Perspectives



LAW COMMISSION OF CANADA
COMMISSION DU DROIT DU CANADA

ISBN 0-662-64237-6
Catalogue number: JL 2-4/99

Canada

Foreword



On March 7, 1998 the Law Commission of Canada hosted a Round Table in Victoria, B.C. to explore the implications of the decision of the Supreme Court of Canada in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* case. The Round Table brought together federally-appointed judges (including members of the Canadian Judicial Council), judges of provincial courts, Deputy Attorneys-General and representatives of central agencies from all provinces and territories.

As part of the day's proceedings the Law Commission of Canada requested a number of scholars to produce studies for distribution to invitees. These studies, prepared by experts in law, philosophy, political science and public administration, were designed to offer participants a multidisciplinary perspective on various issues raised by the decision. At the Round Table itself, oral presentations by these experts stimulated wide-ranging discussions about the relationship between executive and judiciary in Canada today.

Following the Round Table a number of invitees expressed interest in having the final versions of these studies made available in a more permanent format. The Law Commission of Canada was also asked to prepare a brief summary of the discussions at the Round Table for general distribution.

This collection is the result of these requests. The papers presented here are the work of their respective authors writing as scholarly commentators. They do not, therefore, necessarily represent the position of the Law Commission of Canada.

We are most grateful to the experts invited to the session for revising their papers for publication in this format. We trust that this document will prove to be an important resource for governments, judges and Canadians generally as public officials engage in the process of putting into effect the Supreme Court judgement. We also hope that it may contribute to further reflection about the constitutional position of the



judiciary in Canada, and perhaps even to a reassessment of the manner in which the compensation of all senior public officials—the executive, Parliamentarians and heads of agencies, as well as the judiciary—is set.

A complete version of this publication is available in electronic format on the website of the Law Commission of Canada—www.lcc.gc.ca—under the heading Reports – Round Table on the Provincial Court Judges Case.

Should you have any comments about the case or about the ideas expressed in the papers collected here, we would be pleased to hear from you, either by regular mail at:

Law Commission of Canada,
473 Albert Street, 11th Floor,
Ottawa, Ontario,
Canada, K1A 0H8

or by electronic mail at: info@lcc.gc.ca

Table of Contents



Foreword	i
Table of Contents	iii
Introduction	1
The Integrity of Institutions:	
Role and Relationship in Constitutional Design	
<i>Roderick A. Macdonald</i>	7
<i>Reference Re Remuneration of Judges of the</i>	
<i>Provincial Court of Prince Edward Island</i>	
<i>Elizabeth Edinger</i>	25
The Rationality Test Established in the <i>Reference</i>	
<i>Re Remuneration of Judges of the Provincial Court</i>	
<i>of Prince Edward Island Case: Real, Effective and Flexible</i>	
<i>Danielle Pinard</i>	35
Setting <i>Judicial</i> Compensation:	
Implications of the Decision of the Supreme Court	
of Canada in the <i>Reference Re Remuneration</i>	
<i>of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island Case</i>	
<i>Nicholas d'Ombraïn</i>	69
Interdependence, not Independence:	
Institutional and Administrative Dimensions of	
Judicial Independence	
<i>Richard Simeon</i>	83
Judicial Independence in the Context of Interdependence	
<i>Trudy Govier</i>	95
Where do we go from here?	
Laying the Foundations of the Executive-Judicial Relationship	
<i>Stephen Owen Q.C.</i>	105



Summary of the Round Table	111
Appendix I: Biographies of Authors and Session Chairs	119
Appendix II: Round Table Schedule	123
Appendix III: Select Bibliography	125

Setting Judicial Compensation

Multidisciplinary Perspectives



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117664847>

Introduction



One of the key constitutional values of modern liberal democracies is the independence of the judiciary. Traditionally, this independence has been cast in terms of four features: a credible process for nominating and appointing judges; security of judicial tenure; judicial control of the administration of the courts; and fixed conditions of judicial remuneration, including pensions.¹ In one or another form, all of these features find echo in the Canadian constitution. Some are mentioned in the Judicature provisions (sections 96-101) of the *Constitution Act, 1867*. Others are believed to be part of the unwritten constitutional law that Canada inherited from the Common law of the United Kingdom.²

Over the past century the Supreme Court of Canada has rendered several decisions that touch on aspects of the independence of the judiciary. Until 1997, however, it had never been called upon to expound the historical and constitutional foundations of the Judicature provisions of Canada's constitution in great detail. All this changed on September 18, 1997, when the Supreme Court of Canada released its judgement in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.³

This decision set a basic framework to govern the manner in which judicial compensation would thereafter have to be fixed. It has far-reaching implications for Canadians, and for all governments in Canada. In giving judgement, the Supreme Court set out various constitutional principles not previously announced in any case. Putting these principles into practice has required the establishment or amendment of judicial compensation and other processes in virtually all Canadian provinces and territories.

While the decision addressed a range of important questions about the relationship between the executive and the judiciary it is, despite its length, not altogether clear on a number of points. At the time it was rendered, further litigation was a distinct possibility – and indeed, in January 1998 the Supreme Court was asked to clarify certain aspects of



its decision and certain of the consequences that the decision would produce.⁴

Purposes of the Round Table

The Law Commission of Canada believed that it could help judges, Attorneys-General, officials in central agencies of government, and the Canadian public to understand the ramifications of the decision by hosting a one-day Round Table bringing together those officials who would be most directly involved in working through the institutional reforms mandated by the Supreme Court.

The main object of the Round Table was to facilitate a wide-ranging, exploratory and constructive exchange of ideas about the implications of the decision for future action by the executive and Parliament. The discussion among invited participants was meant to be forward-looking, and to focus on imagining the range and character of processes that might meet the requirements announced by the Supreme Court of Canada.

The Law Commission of Canada hoped that the Round Table would also assist parties in exploring various other dimensions of the relationship between executive and judiciary in a liberal-democracy. It sought to provide a forum in which the issues raised in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* case could be discussed in the light of the state of that relationship as it now exists. Such a discussion, it felt, would provide a solid basis for a continuing dialogue about the appropriate character of the relationship between executive and judiciary in Canada.

Rationale for the Involvement of the Law Commission of Canada

The *Law Commission of Canada Act* directs the Law Commission to undertake initiatives that will stimulate constructive discussion about issues of law and justice from a broad social and economic perspective. The Law Commission saw the Round Table as an opportunity to further this multidisciplinary aspect of its statutory mandate.

Moreover, the topic of judicial compensation itself is closely related to the general programme of research being pursued by the Law Com-

mission. One of the research themes adopted for the period 1997–2000 is: Governance Relationships. Hosting the Round Table was an opportunity for the Law Commission to learn first-hand what are the key issues in the ongoing management of the constitutional relationship between executive and judiciary, and how issues of compensation are being handled.

It also gave the Law Commission an occasion to ask scholars, judges, lawyers, Attorneys-General and members of central agencies about specific programmes of investigation and research that could be undertaken under its Governance Relationships theme. Together with broader public consultations the dialogue at the Round Table contributed to defining the detail of some of the studies now being undertaken by the Law Commission.

Framework of the Round Table

To assist participants in addressing the constitutional and practical issues raised by the judgement of the Supreme Court in a spirit of open exchange, the Law Commission of Canada organized the day into four sessions under the following headings:

- (i) What could the judgement mean? The history and context of the executive-judicial relationship;
- (ii) What did the judgement actually say? What now seems to be constitutionally required?
- (iii) What are the options? Implications of the judgement for questions of institutional design;
- (iv) Where do we go from here? Laying the foundations of the executive-judicial relationship.

The Law Commission invited leading scholars in law, philosophy, political science and public administration, drawn from across Canada, to prepare short papers discussing key aspects of the judgement under each of these headings.

These papers were intended to offer participants a multidisciplinary perspective on the issues raised by the case and to stimulate discussion



about how the relationship between executive and judiciary had come to its present state. It was believed that such a perspective would also generate dialogue about what would now be required, in addition to a strict respect for the procedures set out in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* case, to nurture a constructive and productive relationship between executive and judiciary.

The invited experts each spoke for about 15–20 minutes, addressing the main themes of their papers. These presentations were followed by informal, and largely free-flowing discussions moderated by members of the Law Commission of Canada and its Advisory Council. The discussions were not intended to lead to specific proposals or even to settled policy outcomes. They were, rather, structured to permit a frank airing of issues of concern to members of the judiciary and to representatives of government.

Setting Judicial Compensation as a Governance Issue

Since the time the Round Table was held in March 1998, the executive and judiciary have continued to work through the implications of the Supreme Court judgement. Most jurisdictions have now established Compensation Commissions or revised their existing Commissions. Some of these Commissions have even completed their first reports. The Law Commission nonetheless believes that the papers presented at the Round Table should be made available to Canadians as a record of the Round Table. Each Essay speaks to issues that are timeless and that need to be revisited continually in a liberal-democracy.

The Law Commission hopes that the different disciplinary perspectives contained in this collection will enrich understanding of the strengths and weaknesses of the Supreme Court decision as a contribution to public governance in Canada. It also hopes that the collection can serve as a resource for further reflection about the constitutional position of the judiciary, more generally, and about related issues such as processes for the appointment and remuneration of judges, and for the administration of courts.

Finally, because these papers speak to broader questions of governance in a liberal democracy, the Law Commission trusts that they will stimulate reflection about how we should go about setting compensation for all senior public officials—Parliamentarians, the Cabinet, the Governor-General, members of government agencies and senior public servants. Like questions relating to the remuneration of judges, this too, is a governance issue central to ensuring that all processes of public decision-making are free of bribery and corruption.

¹ See notably, W. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 *Canadian Bar Review* 769, 1139.

² See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (4th ed) (Toronto: Thomson, 1998) ch. 7 and sources cited; G-A. Beaudoin, *La constitution du Canada* (Montreal: Wilson and Lafleur, 1990) ch. IV.

³ [1997] 3 S.C.R. 3; also reported as *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1997), 150 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.).

⁴ *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; also reported as *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1998), 155 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.).



The Integrity of Institutions: Role and Relationship in Constitutional Design

Roderick A. Macdonald

Introduction

There is a wonderful painting in the Louvre which evokes God's final judgement on humanity. The canvass is terrifying in its physical imagery. It is even more terrifying as allegory. For here at the gates of heaven, where the lion is to lie down with the lamb, stands the Almighty—who knows all, sees all, understands all—separating the elect from the damned.

The prospect of a failure in the application of the standards of justice, of an incomplete accounting of lives lived, or of an error in judgement in assessing these lives is remote. Because God is the embodiment of truth, of justice, of mercy and of grace, no uncertain evaluations of acts or motives destabilize heavenly decision-making. No messy moral dilemmas compromise the rigour of God's commandments. No mere human frailty such as partiality of perspective or improper influence colours eternal judgement. Complete knowledge and clarity of purpose characterize the divine.

Now contrast the mechanisms of a computer game. Can there be a logic more frighteningly inexorable than that of a machine programmed with finite factual knowledge, with a defined set of decision rules in a closed normative framework and with a fully predetermined evaluation process? In these circumstances on the margins of ordinary human intercourse—in the ethereal realm of the microchip—one is again confronted with the all-knowing, all-seeing and all-understanding



decision-maker. Neither personality nor physique, neither nature nor nurture, play in the assessment of action.

The prospect of a failure in the discovery of the appropriate standard, of an incomplete accounting of facts, or of an error in judgement in evaluating their meaning is remote. Because the computer is the embodiment of correctness, of exactitude, of impartiality, and of hermetic, syllogistic logic, here also no uncertain evaluations of acts or motives destabilize decision-making. No messy moral dilemmas compromise the rigour of exhaustive, programmed data. And no mere human frailty such as partiality of perspective or improper influence colours electronic judgement. Complete knowledge and clarity of purpose characterize the computational.

Moses, Maimonides and Martin Luther each anticipated the paradox suggested in the juxtaposition of these two examples of third-party decision-making: the antithesis of the divine is merely its obverse—the technical. Hell is less the reign of inhuman evil than the application of non-human calculation to human affairs. Here on earth, being condemned to a mortal existence, decision-makers have neither the omniscience of the heavenly nor the refuge of the hermetic to sustain their judgements. They must judge knowing that they too will be judged. Nonetheless, the need for humility in the exercise of secular authority which this realization ought to call forth has not always been, and is not even now, universally acknowledged.

In this Essay I use these competing perceptions of third-party decision-making to highlight four main themes that are the deep background of any discussion about judicial compensation.¹

First, I want to situate the Supreme Court judgements in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* cases² (hereinafter, the *Provincial Court Judges* cases) in their broader historical context: namely, the struggle, in a Parliamentary tradition, to develop the institutions of liberal-democratic governance. I note in passing that neither the *Act of Settlement of 1701* nor the Judicature sections of the *Constitution Act 1867* actually speak to the notion of judicial independence as now understood.



Second, I hope to show that some of our current perspectives on judicial independence are driven by reactions to newer legal authorities that we are only beginning to comprehend. Central among these is, of course, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but the expanded role of the regulatory and welfare state is another.

My third goal is to show that the institutions through which various governmental functions are elaborated are not fungible. In modern democracies, public functions must be different, and and cannot be substituted one for the other: each institution of governance requires particular structures, particular processes and particular personnel. This is why we assign particular tasks to particular offices, and why we choose particular persons with particular abilities as office-holders.

Fourth, not all human relationships can be reduced to the cold logic of transactions between independent rational actors. Not all institutional roles can be mediated only in terms of the reciprocity of the market. The relationship between judiciary and executive is not like the exchange relationship of employer and employee; it is both much more complex and more interdependent than that.

Let me now address each of these four themes in turn.

1. The *Act of Settlement* and the Judicial Function

Concern about the role and duties of the senior judiciary in the Common law tradition is not new. The Stuart monarchs of England and their legal advisers believed in the mid-17th century that the King was the physical embodiment of divine will. He was, for his subjects, the sole authorized dispenser of God's temporal justice. The Stuarts saw that God had no need of the alternative perspectives provided by Parliament or a judiciary to achieve perfect justice in heaven. Why then, they reasoned, should his earthly delegate—the Monarch? Royal judges were not to be independent fonts of justice, but were simply to be instruments of the Sovereign's will.

Contrary to popular belief, the Stuart perspective did not altogether disappear with the Stuarts. It lives on explicitly both in the *Common Law* and in Peoples' Democracies driven by an ideology of revolutionary



legality. More troubling, it is implicitly present even in secular liberal democracies, although dressed up in the garb of scientific rationality. Today, we confront a legion of jurists who see courts as being as ineffable as machines. These jurists are all too ready to recreate, in the domain of everyday human interaction, the methods and proofs of virtuous scientific decision-making. For them, the enhanced access to information brought about through digitalized data and by software search engines approximates the resources of the divine; and jurimetrics promises a methodology grounded in the rigour of Boolean logic and pure deduction.

It is between the conflated subjectivity of Stuart jurisprudence (where human agency is substantively subordinate to divine grace) and the inflated objectivity of the judge-cipher (where human agency is procedurally subordinate to binary decision-trees) that we should seek our model of law and politics: here ought to lie the practices of contemporary liberal constitutionalism. These practices would acknowledge the necessary politics of judging and the necessary legal frame of politics even as they preserve the distinctiveness of the two modes of human decision-making.³

Unfortunately, in the late 20th century, we are reluctant to admit to our humanity and to the human dimensions of our constitutional order. We have rewritten our constitutional history as a tale of judicial independence rather than as one of judicial and Parliamentary interdependence. Along the way we have also grossly overestimated our capacities to carry through with the exercise of constitutional design that strict institutional independence requires.

From the perspective of 1998 in Canada, the political struggles between Monarch and Parliament that led up to the English *Act of Settlement of 1701* are being reinvented as a conflict between the Executive (acting through Parliament) and the courts about the independence of the judiciary. This, at least, seems to be the gravamen of the Supreme Court decisions in the *Provincial Court Judges* cases.⁴ Nonetheless, the century-long Jacobite and Carolingian controversy was both much more and much less than a conflict about judicial independence as the idea is now conceived.⁵

That high controversy was much more than a conflict about judicial independence in that it brought to the fore a number of deep issues about who embodied justice and who owned the common law. The 1701 *Act of Settlement* must be read alongside such other legal milestones as the *Case of Proclamations* in 1615 and the *Bill of Rights* of 1689. Epigrammatically, one can characterize the struggles of the 17th century as reflecting a gradual progression in constitutional theory from a conception of political authority in which “law was derived from the State” to a notion of governance in which “the State was derived from law”.

The Stuart controversy was also much less than a conflict about judicial independence as the idea is understood in the late 20th century. Parliament rightly assumed that the central feature of a liberal constitution was the dissociation of the judiciary from the executive, not the independence of the judiciary from Parliament. The thought that judges would claim for themselves a status and legitimacy grounded otherwise than in the will of Parliament was not then present in anyone’s mind.

In the 17th and 18th centuries, lawyers developed the concept of a professional judiciary and propounded the “artificial reason of the law” as means to control the Monarch, and to enforce a separation of divine and secular. Today, for most liberal democracies, the chances of a theocratic renaissance are remote. The threat is elsewhere. Science (or expertise—*techné*) has become secular religion. We are constantly tempted by our presumed scientific mastery over our world into thinking that our legal concepts and institutions are equally powerful. But we lack the means to control our legal-political temptations: the artificial reason of the law is not self-limiting; there are no inherent bounds to the projection of legal rationality into human activity; and constitutional rights guarantees practically promise judicial redress for all manner of hurt. No transcendent myth of “the Fall” provides a moderating counterpoint to judicial science, as it did for divine justice through the tempering effect of mercy. The point, of course, is that no such ideal of the Good is grounded—whether in religion or in science—its elevation to unchecked supremacy is devastating for liberal constitutionalism.⁶

II. Differentiating the Tasks of Governance

And so we arrive directly at the theme of this panel. Post-enlightenment constitutions, whatever their form—liberal or communitarian, democratic or oligarchic, unitary or federal, monarchical or republican, oracular or discursive—result from the realization that complex, dispersed societies are fundamentally different from the neighbourhood, the community or the tribe. Normative frameworks necessarily must transcend the personal authority of local, face-to-face, intersubjective negotiation. Diversity in geography, gender, class, religion and ethnicity is an ongoing challenge to the very possibility of personal authority. No contemporary society can long hold together solely around the personal authority of even a highly charismatic leader.⁷

Just as the emergence of industrial capitalism demanded and responded to a division of manual labour, the emergence of constitutional democracies demanded and responded to a division of intellectual labour. For the past three centuries, the political challenge has been: (1) to deduce, on the basis of experience and reason, the central co-ordinating tasks of human society; (2) to determine when it is profitable to differentiate these tasks; and (3) to think through how it is possible to regroup them meaningfully in coherent and recognizable patterns.

The central concerns of 17th-century Parliamentarians were the first two of these considerations; today it is the third that is the primary pre-occupation. Given the contemporary diversity of human political achievements, there can be no universal formula for managing the regroupment of governance tasks. Different societies imagine their possibilities differently, and hence draw their institutional boundaries differently. But the very idea of distinguishing and regrouping tasks inescapably raises two pragmatic issues of institutional design to which modern constitutions typically attempt to respond.

First, to what degree does effective performance of these differentiated and regrouped tasks require that they be given a more or less stable and protected institutional location? In relation to judging, the question is whether (and if yes, to what extent and in what connection) the judiciary as an institution of government must be afforded an

impregnable status and an inviolate jurisdiction. These, of course, are the structural questions that lie at the heart of most institutional analysis under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

Second, once any such institutional location has been imagined and elaborated, how can the people who are called upon to fill any designated institutional role be protected from the inappropriate entry of influence in relation to judging, the question is how to ensure that those holding office both respect the limits of their institutional role and exercise that role free from inappropriate external influence.

Over the past fifteen years, Canadian jurists have come to worry deeply about how to line up the demands of office, the processes by which the office is performed and the mechanisms established for choosing and protecting office holders. For it is the conjunction of office and role that enables us to seize the criteria for differentiating the tasks of governance in a manner than respects our fundamental political values.⁸

To focus only on the office or only on the office-holder radically understates why and how we choose those to whom we assign the role of judge. Actual office-holders are not the abstract individuals cherished by proponents of Chicago-school economics. They are human beings who have various roles in life: as child, as parent, as friend, as neighbour, as co-religionist, as professional, to take only a few examples. We choose people not just to occupy an office; we choose them to fulfil a role, and to do so with integrity and fidelity to that role.

Those who are called upon to serve as legislators are selected for their own special virtues. We do a disservice to our legislators to attack them on the basis of criteria appropriate to the selection of candidates for medical school or members of the Olympic hockey team. There is an identifiable role morality to being a legislator. We hope that our processes of selection—election by the voting public—work to produce people having these virtues and committed to that role morality. The institutions and processes of Parliament itself are designed to strengthen abilities with the tasks to be performed.

Those who are called upon to serve as judges are also selected for their own special virtues. We do a disservice to our judges if we disregard or denigrate these virtues, or if we attempt to construct alternative virtues



not necessarily coherent with the demands of the office. There is also an identifiable role morality to being a judge. We hope that our processes of selection—executive nomination by the Governor-in-council—work to produce people having these virtues and committed to that role morality. Again, judicial institutions and the judicial process are specifically designed to match these abilities with the tasks to be performed.

III. *The Provincial Court Judges case*

In the *Provincial Court Judges* case, the Supreme Court of Canada signalled that there is something amiss in the way the courts are perceived as an institution of democratic governance. Various consultations and opinion-research surveys have revealed a deep lack of public confidence in the rules and processes of formal law. This is part of society's general scepticism towards all authority. Having contested successively religion, social class, professional expertise, and Parliament as *loci* of social and political authority, Canadians are now visiting their discontent upon the courts.

The judgement of the Supreme Court in the initial *Provincial Court Judges* case stated that judicial independence was the foundation of public confidence in the courts; that without neutral salary determination mechanisms, judges could not be independent; and that adequate salaries were a necessary precondition to judicial impartiality.

There is, however, not a lot of empirical evidence on the question. Public confidence in judges appears to correlate more with individual impartiality and integrity than with institutional independence. In this respect, suspicion that individual judges are just “political” appointments more closely captures public concern than the notion that the judiciary as a whole is “politicized”. Institutional independence is, no doubt, important; but its importance seems to be directly proportional to public perceptions of judges being political appointees.

The empirical evidence also does not appear to show that Canadians are concerned that “uncompetitive” judicial salaries and benefits will compromise the country's capacity to attract and retain good judges. Indeed, many fine candidates wait for a chance to serve their country

as judges, fully aware that public service will impose significant costs upon them. Investments may have to be disgorged; friends may have to be disavowed; personal lifestyles may have to be curtailed (at least in public); privacy may have to be sacrificed; and financial recompense may well be adjusted downwards.

Finally, threats or inducements about financial compensation or offers of preferment in the advancement of one's career do not seem to have an impact on the capacity of judges in Canada to maintain the highest standards of integrity and impartiality. Of course, it is possible to imagine some countries where financial blackmail by governments is routinely used to influence judicial opinion. In Canada, however, the question is not whether there are explicit constitutional guarantees and procedures designed to prevent such occurrences, but rather, what are the elements of our constitutional tradition that make them unthinkable.

What then explains the declining confidence of Canadians in the law and the courts that the Supreme Court rightly notes? Is there something fundamental in the relationship among Parliament, the executive and the courts that constitutional norms clustering around the notion of independence signal to the public? In my view there is. It is this.

Legislation and adjudication are distinct and identifiable processes of social ordering that are responsive to distinct and identifiable sets of values and goals. This is not to say that there will never be occasions when both legislatures and courts step beyond the frontiers of their traditional roles. But when the public senses an inappropriate conflation of the legislative and judicial functions, it feels disempowered and unable to evaluate outcomes and to attribute accountability. For many, apprehension that such a conflation is becoming too frequent—an apprehension fuelled by an inadequate understanding of the deeper lessons of the Stuart conflict—is what underpins their loss of confidence in the law and the courts.

IV. Contemporary Adjudication

Over the years the distinctive features of norms defining legislation and adjudication have been cast in many ways. One unhelpful way of doing



so is to decry the politicization of the courts and the legalization of politics as if the two processes could be sharply differentiated. A better question, recurring to the struggle between Stuart monarchs and Parliament, is to ask “what are the institutional design factors that permit a constitutional division of labour to work successfully in a liberal democracy?” Here the focus is on two features that define the integrity of any institutional process: the procedural morality of the office and the role morality of the office-holder.

Consider adjudication. The classic statement of what distinguishes Common law adjudication from the legislative enterprise is that given by Lon Fuller in his essays “The Forms and Limits of Adjudication”⁹ and “The Implicit Laws of Lawmaking”¹⁰. Fuller held that the characteristic feature of adjudication as a process of social ordering was the mode of participation in decision-making afforded to the affected parties. For him, adjudication involved the presentation of stylized and constrained proofs about cold facts, and the advancing of reasoned arguments about pre-existing norms. Adjudicative reasoning was bounded, and was rule-based, not consequentialist.

If there is a present public concern about the independence of the judiciary it would seem to flow from the perception of a slippage between law and politics—that is, about what appears to be the re-emergence in modern garb of the undifferentiated political authority asserted by the Stuarts. This, in turn, can be traced to a number of fundamental shifts in the rationality of adjudication and in our expectations of legislation since World War II. Unfortunately, Canadian constitutional theorists have devoted inadequate attention to exploring them. This is tragic. For until we understand the changed character of the judicial and Parliamentary roles in contemporary society, we shall not be in a good position to determine if we are continuing to achieve an optimal match of personal virtue and governance task.

How is the judicial role different now than previously? First, even the private law is moving away from the Aristotelian logic of corrective justice.¹¹ Judges are now being asked by Parliament, even in private law matters, to make quasi-legislative allocative decisions of enormous consequence: for example, they must decide family property entitlements

and dependant's relief claims by reference to *ex ante* standards, and mass tort compensation by reference to principles of market *ex ante* liability. In addition, equitable doctrines such as abuse of rights and just enrichment, the constructive trust and unconscionability are moving everyday adjudication into the realm of distributive justice. By definition, these allocative and redistributive decisions require courts to make "small-p" political decisions that previously fell within the purview of Parliamentary discretion.

Legislatures are also displaying an inability to make policy decisions. Parliament is succumbing to the temptation to duck one's duty for deciding difficult issues. In consequence, judges are being asked by litigants to solve complex social problems by judicial fiat. The invention of novel entitlements and new injunctive remedies that require the ongoing supervision of courts, and the transformation of adjudication into some form of Solomonian or Cadi justice has reframed the judicial role. Of course, judges need not have accepted, nor need they continue to accept, this abdicatorial remit by Parliament. Rather than attempt to solve the unsolvable through adjudication, they could simply return the political serve to the legislature.

A better understanding of what it is that judges actually do, and of the inter-relationship of formal adjudication and other social-ordering and dispute-resolution processes, compels the conclusion that the skills required of judges are rapidly changing. A large part of the judicial function today is to manage or to supervise other decision-makers—administrative, political, legislative, or private. The trends to A.D.R., consensual arbitration, mediation, settlement conferences, and judicial *med-arb* have accelerated to the point that the predominant characterization of federal judges in the United States is that, in civil cases, they are "managerial judges".¹²

There is another feature of late 20th century public life that bears on the judicial role. The inevitable conflict between the constitutional values of a liberal democracy and the will of those who want the State to promote a rather deeper social homogeneity, have thrust judges into the public domain where they are increasingly being perceived as political figures. By explicitly casting the judiciary as the censor of Parliament,



the *Charter of Rights and Freedoms* exacerbates the suspicion of those who have only imperfectly internalized the legal framework of a liberal democracy. And because judges themselves are still learning how to exercise their powers to leave pieces of legislation on the cutting room floor and how to resist the reviewer's temptation to write the book that Parliament did not, sceptics can relatively easily find examples of judicial over-reaching.

It is against the background of a changing judicial role, and especially of a changing configuration of the judicial role morality, that contemporary concerns about the institutional design features that permit a constitutional division of labour to work successfully in a liberal democracy must be read. In other words, distinguishing and regrouping the tasks of governance as between courts and Parliament first requires that we decide what it is that we want judges to do. This is not, to repeat, a decision that is self-evident; nor is it a decision that will be made the same way in all times and for all places.

V. Thinking About the Judicial Task Today

The *Provincial Court Judges* cases are a fascinating study of the way in which judges now perceive their constitutional role. After all, regardless of how the initial allocation of governance tasks is configured, the ongoing processes of Parliamentary and especially judicial decision-making will give a different shape to that allocation. A well-drawn constitution provides a framework that distinguishes between types of governance activities, and that establishes the different institutional processes, different levels of difficulty and different degrees of social consensus necessary to explicitly modify the framework.

In the final analysis, and short of explicit constitutional amendment, it is for Parliament and the Supreme Court implicitly to negotiate the appropriate degree of legal supervision of political decision-making and the appropriate scope for courts to make political judgements. For this reason, it is useful to consider briefly some of the assumptions about the judicial role that are reflected in the majority judgement of the Supreme Court in the initial *Provincial Court Judges* case.

Most importantly, this judgement rests on the view that a liberal-democratic constitution not only demands the strict separation of the judicial from the legislative and executive function, but also that it demands an absolute independence of the judicial office. The Supreme Court ascribes to judges a position outside the very political system that gives them whatever authority and legitimacy they have. The judgement implies that the interdependence of governments and courts can only arise at the moment a first constitution is established. The framers of the constitution—having textually established the perfect institutional structure—can like Descartes' God, thereafter leave things alone. Neither the framers nor the mere mortals living through the evolving relationship need worry thereafter about its ongoing management. The rules, having once been set down, need only to be strictly followed in a non-political manner.

Imagine any other type of ongoing relationship where the relationship, once established, then marches smoothly to its initial beat along the channels originally announced for it? More than this, it is hard to believe that anyone would seriously think that the relationship works best if people in the relationship thereafter never talk directly to each other about it. Quite the reverse, the true independence of parties to a relationship—their true capacity to maintain their individuality within the relationship—is entirely tributary to the fact that they mutually recognize their interdependence. Similarly, the true independence of the judiciary—its true capacity to maintain its separation from the other branches of government—is entirely tributary to the mutual recognition by judges and Parliament of their interdependence.

There is also a paradox in the Supreme Court's use of the Preamble of the *Constitution Act, 1867* as a vehicle to identify the *Act of Settlement* of 1701 as the source for the new constitutional norm it proclaims. This is not to suggest that there can be no law in a Preamble: of course it is the case that constitutions involve a complex amalgam of made and implicit law; and of course it is the case that one can only read a text against a background of implicit law. That is precisely the point. The political resolution of the Stuart controversy was as much a part of the *Act of Settlement* as were the precise words of the enactment.



Courts will read texts against their background implicit law. But courts must remain faithful to texts. One does not assert implicit law as a pretext (note the etymology of the word pre-text) for making new written law. If there is a set of implicit norms about judicial independence, these implicit norms only make sense when read as against specific historical and contemporary texts—either constitutional texts such as, in Canada, section 96 of the *Constitution Act, 1867*, sections 7 and 11(d) of the *Charter of Rights and Freedoms*, or quasi-constitutional norms such as the common law rules of natural justice, *delegatus non potest delegare*, or other elements of Canada's implicit Bill of Rights.¹³

A third feature of the judgement is its curious conception of how public offices and public roles are fulfilled. The court operates two fundamental dissociations. It dissociates the concept of office from the concept of organization; and it dissociates the concept of role from the concept of relationship. If as members of a complex, diverse and differentiated society we have learned one thing over the past half-century it is this. There can be no individuals who are not socially located. There can be no self without the other. Who one is depends on how one understands a rich web of interpersonal affects—for example, to parents, to children, to a religion, to an ethnicity, to a neighbourhood, to a language, and to a culture.

This lesson is universal. Who one is depends on how one understands the rich web of offices that one fulfils. There can be no specialized offices that are not located within a network of other specialized offices. The meaning of the judicial office in any society is dependent on the meaning of other governance offices. The role morality of the judge in any society depends on the relationship of that role morality to other role moralities.

To recognize one's own office in a complex of offices and to adopt a role in a drama where one has just one part, are pre-conditions to establishing, nurturing, negotiating and maintaining fidelity to a relationship. An elected official who transcends politics we label as a statesman: this is the person who can rise above partisan passions and serve a higher rationality. Those who do not we stigmatize as politicians. Is it

surprising that judges who abandon the rationality of law are looked upon as politicians?

The Supreme Court does not appear to believe that judicial independence is tied to the fidelity with which judges perform the roles assigned to them under the constitution. Designing the details of their own conditions of employment is, in principle, not one of these. The Supreme Court also appears to believe that the incorporation of a permanent mediator in the form of a judicial Compensation Commission is an inescapable component of the process of mutual recognition between judiciary and executive. This is, at best, a dubious proposition in a liberal democracy.

Conclusion

Let me now conclude—not on a pessimistic note, however. Those—and by the word “those” I mean both Deputy Attorneys-General and members of the judiciary—who have asked the Law Commission of Canada to host this Round Table, know that the Supreme Court judgement itself will do little to generate the mutual recognition and mutual respect necessary to ensure true judicial independence. It may, perhaps, and perhaps only temporarily, give one or other party an additional argument. But the truth is, continuing recalcitrance by the government could well generate an excessive politicization of the process, and continuing litigation by judges will bring the entire judiciary into disrepute.

The relationship between judges and executive is not like a marriage. There are no divorces. This is a relationship that, however fluid it may be over the years, is inherent in our constitutional arrangements. The other party is not going to go away. And there are no final victories. Helping those who must negotiate marriage and live this fundamental constitutional relationship find the voice to do so is, in the last analysis, what this Round Table is all about.

¹ Parts of this text have already been published in R.A. Macdonald and A. Lajoie, “Auctioneers, Fence-viewers, Popes—and Judges” (1998) 9 Constitutional Forum 95.



² [1997] 3 S.C.R. 3; [1998] 1 S.C.R. 3.

³ See the thoughtful discussion of this issue in J. Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto: University of Toronto Press, 1996).

⁴ In this connection it is worth noting the evolution in the thinking of the Supreme Court between the decision in *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673 and the decisions in the *Provincial Court Judges* cases, *supra* note 2.

⁵ For comments on the *Provincial Court Judges* cases reflecting these modern perspectives see J. Ziegel, "The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation" (1998) 9 *Constitutional Forum* 31, and C. Baar, "Judicial Independence and Judicial Administration: The Case of Provincial Court Judges" (1998) 9 *Constitutional Forum* 114.

⁶ To my knowledge, the best (perhaps the only) discussion of this point is found in B. Polka, "The Supremacy of God and the Rule of Law in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Theological Analysis" (1987) 32 *McGill Law Journal* 854.

⁷ A challenging perspective on whether it even makes sense today to talk of a secular state exercising a territorial monopoly, given these multiple diversities, is elaborated in D. Downes and R. Janda, "Virtual Citizenship" (unpublished paper prepared for the seminar series *Théories et émergence du droit*, McGill University/University of Montreal, May, 1998).

⁸ The question is, of course, most sharply debated in connection with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See, for example, F.L. Morton, "The Charter Revolution and the Court Party" (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 627; M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics*, rev. ed. (Toronto: Thompson Educational Publishing, 1994); and R. Sigurdson, "Left and Right-wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics" (1993) 7-8 *International Journal of Canadian Studies* 95.

⁹ L.L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication" (1978) 92 *Harvard Law Review* 353.

¹⁰ L.L. Fuller, "The Implicit Laws of Lawmaking" in K. Winston, ed., *The Principles of Social Order* (Durham: Duke University Press, 1983) at 158.

¹¹ As Ernie Weinrib has forcefully argued, this image—that judges apply pre-existing norms to pre-existing facts in order to redress identifiable wrongs only to the measure of the harm caused—has traditionally grounded the law of contracts, of torts and even of crimes. See E. Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1995).



¹² The phrase was coined by J. Resnick, "Managerial Judges" (1982) 96 Harvard Law Review 374.

¹³ For a review of these various components in the context of due process guarantees see R. A. Macdonald, "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law: Natural Justice and Fundamental Justice" (1987) 39 University of Florida Law Review 218.

Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island



Elizabeth Edinger

Introduction

This paper addresses two questions: What did the initial judgement of the Supreme Court of Canada in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* case¹ (hereinafter, the *Provincial Court Judges* case) actually say? What now seems to be constitutionally required?

The short answer to the first question is that the judgement contains a great deal more than can be even outlined in this paper. The sheer length of the reasons of the majority judgement, written by Lamer C. J.C., indicates its scope. Even after subtracting the pages recounting the facts and the judicial history of the three appeals that were consolidated, the majority judgement runs over one hundred pages in the official reports.

The short answer to the second question is that what is now required is subject to considerable uncertainty. The judgement has introduced a range of new issues relating to the principle of judicial independence and the discussion of the unwritten norms underlying the constitution provides ammunition for constitutional litigation generally for years to come.

The judgement of the majority² is divisible into four parts which deal, in descending order of particularity, with:

1. the relationship of unwritten constitutional principles to the written Constitution and the role of the Court interpreting the *Constitution Acts, 1867 to 1982*;
2. judicial independence and its various dimensions;



3. the institutional dimension of financial security; and
4. the application of the principles enunciated.

The appellants focused on what the Court held to be the institutional dimension of financial security but there were also attacks on various other legislative provisions which raised questions about other characteristics of judicial independence. The individual parts of the judgement are comprehensible only in the context of the judgement as a whole and, in particular, in the context of the discussion of the relationship of the written and unwritten components of the constitution.

The Role of the Court and the Great Entrance Hall to the Castle of the Constitution

The judgement gives us a new constitutional metaphor to add to the watertight compartments of the ship of state³ and the living tree of the Constitution⁴ and asserts and employs a level of judicial activism not formerly observed in federalism cases.

The appeals involved attacks on the constitutional validity of provincial economy measures of governments in Alberta, Manitoba and Prince Edward Island directed towards their respective provincial courts (s. 92[14] courts as distinct from s. 96 courts) and primarily affecting remuneration of judges. The appellants relied exclusively on s. 11(d) of the *Constitution Act, 1982* as the foundation for their arguments about judicial independence. The Supreme Court of Canada was concerned with the “larger question of where the constitutional home of judicial independence lies”⁵, taking the view that the express provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1982* are not exhaustive. The judicature provisions in the *Constitution Act, 1867*, ss. 96-100, protect only superior courts and then incompletely, and s. 11(d) of the 1982 Act protects only those courts and tribunals seized with jurisdiction over persons charged with offences.

The judgement holds that judicial independence is one of the unwritten foundational norms or principles whose home or “true source” is the preamble to the *Constitution Act, 1867*. The preamble:



recognizes and affirms the basic principles which are the very source of the substantive provisions of the *Constitution Act, 1867*. As I have said above, those provisions merely elaborate those organizing principles in the institutional apparatus they create or contemplate. As such, the preamble is not only a key to construing the express provisions of the *Constitution Act, 1867*, but also invites the use of those organizing principles to fill out the gaps in the express terms of the constitutional scheme. It is the means by which the underlying logic of the Act can be given the force of law.⁶

The Preamble is, therefore, “the grand entrance hall to the castle of the Constitution”⁷ and the Court is the designated gap filler. Gaps are to be filled by utilization of the organizing principles referred to in the passage quoted above.

Identification of those organizing principles, therefore, is critical for use. Two organizing are identified: federalism; and constitutional democracy.⁸ There is no indication of whether this identification exhausts the category or whether there are more organizing principles to be identified when the need arises.

Judicial Independence: Core Characteristics And Dimensions

The Court holds, following earlier cases, that judicial independence has three core characteristics: security of tenure; financial security; and administrative independence. It holds further that each of these core characteristics may have both an individual and an institutional dimension.

[T]he core characteristics of judicial independence, and the dimensions of judicial independence, are two very different concepts. The core characteristics of judicial independence are distinct facets of the definition of judicial independence. Security of tenure, financial security, and administrative independence come together to constitute judicial independence. By contrast, the dimensions of judicial independence indicate which entity—the individual judge or the court or tribunal to which he or she belongs—is protected by a particular core characteristic.⁹

Financial security, therefore, has two dimensions, individual and institutional, and it was the latter dimension that was affected by the provincial economy measures.



The institutional dimension of judicial independence is said to emerge from the logic of federalism and the Charter, both of which require an independent arbiter, and from the separation of powers, another unwritten principle or norm. Because the primary source of the institutional dimension of judicial independence is the preamble and not the express provisions of the Constitution Acts, the protection the principle affords extends to all courts and constrains both federal and provincial powers.

Finally, the Court holds that some judicial independence is not enough. A minimum level of judicial independence is now required by the constitution.¹⁰

The Institutional Dimension of Financial Security

Applying the propositions about judicial independence to the core characteristic of financial security in its institutional dimension, the Court holds that the institutional dimension of financial security has three components.

First, the constitution requires a particular institutional arrangement for the setting of judicial salaries, pensions and benefits. Compensation Commissions must be created and utilized because judges must be seen to be immune from economic manipulation. Interposition of a Compensation Commission will separate the executive and legislative branches of government from the judicial branch and depoliticize the relationship.

The Compensation Commission must be independent, objective and effective.

The Court does not set out a standard model for the Compensation Commissions that it now requires but it does set out minimum criteria for such commissions which should ensure that each commission will be independent, objective and effective.

Independence may be achieved by appointments for fixed terms of three to five years. The appointment power must be divided or shared between or among the branches of government. No criteria are suggested with respect to eligibility of individuals for appointment.

Objectivity may be achieved by directing that the Compensation Commission receive submissions from all branches of government and by suggesting that the legislature provide the Commission with a list of relevant factors for consideration.

Effectiveness does not require that the recommendations of the Compensation Commission be binding but it does require that there must be a rational basis for rejection. To meet this standard, the government must only "articulate a legitimate reason" for departing from the recommendations of the Commission.¹¹ The onus may be heavier, however, if judges are singled out for reductions in remuneration. A "fuller explanation" may be required. Rejection of the recommendations of Compensation Commissions will be judicially reviewable.

Effectiveness also requires that the Compensation Commission engage in regular reviews of remuneration.

The second component of financial security is a prohibition. The judicial branch must not engage in negotiations about remuneration because such negotiations are "indelibly political". Lamer C.J.C. explains that he is using the term negotiations as it is understood in the labour relations context as "involving a certain amount of horsetrading".¹² The issue is one of definition because the judgement expressly exempts from the prohibition enunciated "expressions of concern" about remuneration by chief judges and justices which is defined as provision of information.¹³

The third component of financial security in its institutional sense is the existence of a floor for judicial salaries. The Court refrains from any speculation as to where that minimum floor might be.

Only a "dire and exceptional financial emergency" resulting from war or pending bankruptcy will justify departure from any of the components of the institutional dimension of financial security.¹⁴

Comments

In 1985, ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867* were described in *R. v. Valente*¹⁵ as the ideal guarantees of judicial independence. Provincial courts were protected by s. 111(d) of the *Constitution Act, 1982* but were



held not to be entitled to the same level of protection as the s. 96 courts. Only twelve years later, the Supreme Court of Canada has held that judicial independence is an unwritten norm or principle whose true home is the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Sections 96-100 and 11(d) are not exhaustive. The Court has laid out the parameters of judicial independence. New dimensions and components have emerged.

The decision has serious implications for the role of the judicial branch in constitutional matters generally as well as for the future evolution of judicial independence.

The Court has staked out for the judicial branch the role of constitution maker. In future litigation, when the express provisions of the Acts fail to supply the necessary foundation for a constitutional challenge, litigants may now suggest that the courts accept the invitation of the Preamble to fill the gaps on the basis of the organizing principles which the Court in this judgement says it finds there. This goes far beyond interpretation of the express provisions which is a role that Canada is familiar with and the case itself goes beyond the precedents cited and relied on as authority for the use made of the preamble.

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye,¹⁶ for example, created new constitutional principles, the full faith and credit and the concomitant due process principles. The *Provincial Court Judges* case holds that new institutions, Compensations Commissions, must be created. The fact that some governments had already brought versions of such institutions into existence as a matter of policy does not render the result any less radical. The justification for the decision was that something had to be done and no better solution was suggested. A question that might be asked is: "what is to be done if and when a better solution is found?" How does one go about amending the unwritten constitution?

There is no reason to believe that the Court will confine its enthusiasm for filling the gaps to any particular area of the constitution. The organizing principles, as defined, are applicable to any and all areas. Whether lower courts will share the Court's enthusiasm remains to be seen.

Such enthusiasm is curious in light of the Court's concern about the separation of powers and the need to avoid even the appearance of


interference by the legislative and executive branches with the judicial branch. In filling gaps in the *Constitution Acts 1867 to 1982* the courts will be performing a legislative function reserved for the legislative branch by the separation of powers. The appropriate sovereign bodies for constitution making are of course now carefully defined with varying components for varying purposes in Part V of the *Constitution Act, 1982*.

The judgement is so wide ranging in its discussion of judicial independence and yet so general that it is sure to engender further litigation. There can be no doubt that each commission will be subject to judicial review to ensure that it meets the minimum criteria for independence, objectivity and effectiveness. The British Columbia actions are evidence of that.

The relatively brief discussion of security of tenure may provide a foundation for arguments that the constitution requires new institutional arrangements for appointment to and removal of judges from the Bench. The latter is hinted at. The former is implicit in the logic of the approach to the separation of powers. There is, moreover, a suggestion that a "judicial inquiry", where such is required, about the fitness of a judge might be interpreted as an inquiry by judges alone. Lay members of a judicial council would not, in other words, be entitled to sit in judgement on a judge.

As with respect to remuneration, there already is some precedent in practice for the use of an independent body. Parliament uses the Judicial Council to assist it in the exercise of the power to remove judges pursuant to s.99(1) of the *Constitution Act, 1867*. The provinces, however, employ a variety of legislative regimes for removal of provincial court judges but have not yet utilized a council or commission for that purpose. The case invites litigation concerning the institutional dimension of security of tenure and the effect on judicial independence of legislation which does not conform to the parameters set out in this case.

Nothing in the reasons of the majority limits the principle of judicial independence to the traditional superior and inferior courts. Indeed the decision suggests that tribunals subject to s.11(d) of the *Constitution Act, 1982* should also enjoy the protection of the fully developed



principle. Other tribunals not covered by s. 11(d) may soon claim the benefit of the principle.

It will be unfortunate if the judgement proves to be counter-productive. The justification for the activist approach taken was that something had to be done to defuse the situation in which provincial court judges were litigating in a number of provinces. If the judgement does produce the gap filling and the volume of litigation concerning judicial independence that I suggest is likely, the administration of justice may be brought into disrepute in the eyes of the public—and public confidence is the fundamental justification for the expanded version of judicial independence.

¹ [1997] 3 S.C.R. 3.

² The majority consisted of Lamer C.J.C. who wrote the judgement with L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. concurring. The lone dissenter was La Forest, J.

³ *Attorney General of Canada v. Attorney General of Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (P.C.).

⁴ *Edwards v. Attorney General of Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

⁵ *Provincial Court Judges* case, *supra* note 1 at 63.

⁶ *Ibid.* at 69.

⁷ *Ibid.* at 78.

⁸ *Ibid.* at 69 ff. The Court goes on to give examples of cases which it says were decided on the basis of the organizing principles in the preamble, concluding at 75: "These examples—the doctrines of full faith and credit and paramountcy, the remedial innovation of suspended declarations of invalidity, the recognition of the constitutional status of the privileges of the provincial legislatures, the vesting of the power to regulate political speech within federal jurisdiction, and the inferral of implied limits on legislative sovereignty with respect to political speech—illustrate the special effect of the preamble. The preamble identifies the organizing principles of the *Constitution Act, 1867*, and invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text."

⁹ *Ibid.* at 82.

¹⁰ *Ibid.* at 85.

¹¹ *Ibid.* at 110.

¹² *Ibid.* at 113.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* at 90.

¹⁵ [1985] 2 S.C.R. 673.

¹⁶ [1990] 3 S.C.R. 1077.



The Rationality Test Established in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* Case: Real, Effective and Flexible

Danielle Pinard

Introduction

Respect for political and judicial institutions is essential for the efficient administration of justice. It is predicated on the existence of a genuinely independent judicial authority, and of a structure that bears out this independence. Granted, political authorities must not behave in such a manner as to imperil this independence, or even simply the appearance thereof. But judges also have obligations in this respect. In fact, under our constitutional system, they are responsible for defining the contours of judicial independence. They must discharge this duty with the same deference and restraint that they expect of political actions in their regard.¹

In September 1997, the Supreme Court of Canada established a structure for determining judicial remuneration that it considered constitutionally mandated. In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (hereinafter, the *Provincial Court Judges case Reference*),² the Court read into the right of any person charged with an offence to be heard by an independent tribunal, guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,³ the existence of a complex protection mechanism relating to the institutional financial security of judicial independence. According to the Court, this constitutional provision prohibits salary negotiations between the judiciary and political authorities and thus interposes an independent objective



efficient structure between the two, the whole for the purpose of avoiding the possibility or appearance of economic manipulation.

The purpose here is to depoliticize relations between the judiciary and other government authorities: just as judges may not intervene publicly in political matters, similarly the legislative and executive branches may not exert political pressure on the judiciary.⁴

The Court expressed its hope thereby to eliminate what it perceived as a degree of tension between the provincial governments and judges concerning remuneration of the latter,⁵ by elaborating the constitutional requirements for institutional arrangements in the matter.

In March 1998, the Law Commission of Canada organized a conference on the *Provincial Court Judges case Reference* for the purpose of creating conditions for a dialogue between provincial court judges and provincial governments. This paper represents what I hope is an improved version of the presentation that I was invited to make at the conference.

I shall begin by briefly describing the judicial remuneration structure and process established in the *Provincial Court Judges case Reference* and considering the scope and effects of their constitutionalization. The second part is devoted to a study of the standard of review developed by the court, whereby a legislative assembly or provincial government can only override a recommendation of a judicial salary commission if it can demonstrate the rationality of its decision. In this section I will consider, *inter alia*, the effectiveness of the standard and a number of related issues concerning evidence. If this paper provides individuals and institutions affected by the problems that it examines with a few approaches or, better yet, a partial answer, it will, in large part, have achieved its goal.

1. The *Provincial Court Judges case Reference*

In the *Provincial Court Judges case Reference*, the Court sets out the organization of judicial remuneration as required, in its view, by the Constitution. This part is devoted to a concise description of the structure and process established, and to a brief discussion of the scope and effects of their constitutionalization.

1. Determination of Judicial Remuneration: Structure and Process

According to the Court, the principle of judicial independence requires that neither the government nor the judiciary be directly involved in negotiations relating to judges' salaries.⁷ The interposition of a structure said to be independent, effective and objective, a "compensation commission", is necessary in order to avoid any real or apparent financial manipulation.⁸

The essential, mandatory features of the structure and process set out are the following: provincial compensation commissions must be established, whose members enjoy security of tenure (serving for a fixed term).⁹ The appointments must not be entirely controlled by any of the three branches of government, *i.e.*, the legislature, the executive or the judiciary.¹⁰ The mandate of these commissions is to "present an objective and fair set of recommendations dictated by the public interest"¹¹, either as a result of a government proposal or, in case of government inaction, at set times. The government, or the legislature, as the case may be,¹² subsequently retains full authority to increase, reduce¹³ or freeze judges' salaries, either as part of an overall measure, or as part of one directed specifically at the judiciary,¹⁴ but must demonstrate the rationality of a decision to depart from a recommendation or recommendations of the commission.¹⁵

The creativity shown by the Supreme Court is surprising, given its institutional role.¹⁶ The Court states, however, that it does not intend to "lay down a particular institutional framework in constitutional stone",¹⁷ and that the aforesaid requirements may be met in the respect of the diversity allowed by provincial constitutional competence in the administration of justice.¹⁸ Accordingly, the establishment of the structure may involve negotiations between the judiciary and political authorities. *Inter alia*, the precise composition of the commissions, some independence and diversity would be desirable here, details of appointment mechanisms, and the type of information to be considered by the commission in preparing its recommendations remain to be determined. In short, insofar as they interpose an independent, objective and



effective structure in the mechanism for determining judicial remuneration, government authorities retain significant flexibility.

2. The Constitutionalization of the Structure and Process: Scope and Effects

According to the Court, the structure and the process discussed above are much more than a desirable project relating to legislative policy; they are required by the Constitution.¹⁹

2.1 Scope

First of all, the structure and process established in the *Provincial Court Judges* case *Reference* are required by the Constitution, by virtue of the rights guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Technically, the judgement rendered by the Court, in fact, relates only to the scope of this provision. Thus, as a minimum, the process of determining the remuneration of all the judges of Canada judging penal or criminal cases, be they federally or provincially appointed, must fulfil the requirements set out by the Court. These requirements appear, *a fortiori*, to be applicable to all federally appointed judges contemplated in s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, which specifically provides for the financial security of superior court judges and which was discussed by the Supreme Court in *Beauregard*.²⁰ The Court notes, indeed, that “constitutional parameters of the power to change or freeze judges’ salaries”²¹ are enjoyed not only by superior court judges contemplated in s. 100 of the *Constitution Act, 1867* but also by provincial court judges sitting in criminal matters, in the case of the latter under s. 11(d) of the *Charter*.

One may safely infer from a lengthy *obiter* of the Court²² that the constitutionalization of the remuneration process also extends to all provincial court judges who do not hear criminal cases and to whom p. 11(d) accordingly does not apply and, possibly, to all Canadian courts. In fact, the Court has much to say on the idea that constitutional provisions explicitly relating to judicial independence are merely illustrations of the fundamental constitutional principle of judicial independence which is itself implicitly enshrined by the reference to the

British Constitution found in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. According to the Court, the latter “recognizes and affirms the basic principles” of the Canadian Constitution, and “invites the use of those organizing principles to fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme”.²³ The express recognition of the right of an accused to be heard by an independent tribunal is thus seen as the expression of a general principle that applies to “all courts no matter what kind of cases they hear”.²⁴

The Court accordingly interprets the Canadian Constitution as including a general protection of judicial independence.²⁵ This may seem surprising, to say the least, as a number of attempts to formally enshrine the principle in the Constitution have failed to date.²⁶ Like La Forest J., one may find it troubling here that statements of principle in a vague preamble can prevail over provisions that, at first glance, appear to have been deliberately chosen.²⁷

2.2 Effects

The application of the principle of constitutional supremacy represents the primary and fundamental effect of the constitutionalization of the process by a remuneration commission. In fact, subject to the exception made in the judgement “in cases of dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances, for example, such as the outbreak of war or pending bankruptcy”, “any government decision on judicial remuneration in violation of the procedural requirements set out in the judgement will be in principle unconstitutional and accordingly of no force or effect.”²⁹ As we have seen, these requirements are, essentially, that a commission composed of independent members be established, whose recommendations the government may only reject if it can rationally justify such a decision. Failure to fulfil any of the elements deemed in the judgement to be requirements can give rise to a finding of unconstitutionality; but the issue of the rationality of a government decision will raise the more complex problems. Part II of this paper will examine this rationality test.

A judgement that a court has become dependent because the structure and process for determining judicial remuneration was not

followed would have serious consequences. First, at the very least, it would mean that the economic measure in question was unconstitutional.³⁰ It is clear, however, that such an economic measure may not always be present, since the court's lack of independence may also be the result of the government's unjustified failure to act on a periodic recommendation by the commission.

Furthermore, litigants may refuse to be judged, in both criminal³¹ and civil cases³² by a court no longer considered independent, owing to failure to comply with the structure and process deemed by the Court to be inherent in the institutional financial security component of judicial independence.³³ The administration of justice would be paralysed. A fatal blow would be struck to the heart of the rule of law. There would be no winners in such a situation.

The recent opinion expressed by the Court on February 10, 1998, subsequent to a rehearing of the *Provincial Court Judges* case *Reference* with which we are concerned,³⁴ is a perfect illustration of this concern. In terms of the past, the Court was forced to invoke of the doctrine of necessity in order to avoid challenges of actions taken by courts whose independence had been compromised by the procedures followed to determine their remuneration. In terms of the future, the Court suspended the effects of the September 1997 judgement for one year (throughout Canada), thus demonstrating some pragmatism, given the time required to implement the new salary structure. Without this suspension, the impact of the judgement on the administration of justice would have been immediate and, at least in the short term, disastrous.

II. Some Thoughts on the Rationality Test

The Court notes that the constitutional structure established does not deprive the government of its ultimate power to increase, reduce or freeze judges' salaries. However, if it decides to do so against the recommendations of the constitutionally required commission, it must be able to justify its decision, if necessary, in a court of law.³⁵ The Court writes:

The standard of justification here ... is one of simple rationality. It requires that the government articulate a legitimate reason for why it has



chosen to depart from the recommendations of the commission, and if applicable, why it has chosen to treat judges differently from other persons paid from the public purse.³⁶

In this section I will examine some aspects of the standard of rationality, all of which are bound by a common thread: this standard will ensure real and effective control, but the context of judicial remuneration will require that it be applied with particular flexibility.

The rationality test is developed in the following context: the prevention of political interference in any form of financial manipulation represents the *raison d'être* of the financial component of judicial independence.³⁷ At the same time, the process of setting judicial remuneration involves an allocation of public funds which, constitutionally, falls within the jurisdiction of governmental authorities and is an “inherently political concern”.³⁸ So a compromise is introduced: government authorities retain their political power to determine judicial remuneration, but in this matter are subject to public review as they must explain and justify publicly why, where such is the case, they are departing from recommendations described as “objective and fair ... dictated by the public interest”.³⁹

1. Burden of Proof and Time of Debate

A few preliminary comments are in order concerning the context of the discussion of the rationality of the government measure. The traditional breakdown of the burden of proof in a case based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was the following: the party arguing that its rights had been violated had to make its case, while the party hoping to justify the action at issue (generally, the government) had to establish that it was reasonable within the meaning of s. 1 of the *Charter*. In the *Provincial Court Judges* case *Referenced*, however, the Court requires the government to demonstrate the rationality of its decision, as part of its analysis of the right, to an independent tribunal within the meaning of s. 11(d), hence at the stage of determining whether the right was infringed, rather than at the stage of determining whether this infringement was reasonable. The State must accordingly provide some justification in order to support the independence of the tribunal concerned.



If the reviewing court is convinced that the government decision is rational, the constitutional requirements have not been violated and the debate is closed. Conversely, if it is found that the government decision is irrational, a ruling will be made that the right to be judged by an independent tribunal has been infringed, unless the government can establish that a limit prescribed by law that meets the reasonable limits test developed at case law is involved.

One may, however, wonder whether recourse to the standard of justification referred to in s. 1 does not then become completely delusory, since the Court itself specifies that the standard of justification under s. 11(d) is less stringent than that under s. 1.⁴⁰ If the former standard is not met, the latter will not be met either.

2. Rationality Defined⁴¹

The standard of review established by the Supreme Court is that of rationality. The government must demonstrate the rationality of its decision not to follow up on a recommendation by the commission, if that is its decision.

Rationality is the quality found in that which obeys the laws of reason, that which may be known or explained by reason, that which is reasonable and appears to be done with good sense.⁴² And good sense, synonymous with common sense, in turn refers to the ability to judge well, dispassionately, when faced with problems that cannot be resolved by scientific reasoning.⁴³ Those definitions illustrate the seriousness of a judicial finding that a government decision was unreasonable, as well as the highly subjective and relative nature of a judgement of rationality.

By way of analogy, and subject to the necessary fine distinctions, we may note here certain recent pronouncements of the Supreme Court concerning an intermediate standard of review at administrative law, *i.e.*, judicial review of an "unreasonable" administrative decision.⁴⁴ According to the Court, this would be a type of intermediate review that occupies the middle ground between a patently unreasonable and an erroneous decision.⁴⁵ "An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat

probing examination".⁴⁶ The main issue would be "whether any reasons support it".⁴⁷ "In the final result, writes the Court, the standard of reasonableness simply instructs reviewing courts to accord **considerable weight** to the view of tribunals about matters with respect to which they have **significant expertise**".⁴⁸ In fact, expertise is likely the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review.⁴⁹

The wording used to describe a reasonable [or rational] standard of review for an administrative decision is extremely deferential. It is, *a fortiori*, applicable to judicial review of the rationality of the government decisions referred to in the *Provincial Court Judges case Reference*, since "decisions about the allocation of public resources are generally within the realm of the legislature and, through it, the executive" and "[t]he expenditure of public funds ... is an inherently political matter".⁵⁰

3. Standard Doubly Effective


In the Court's judgement, the effectiveness of rationality as a standard of justification is demonstrated in two ways.⁵¹ First, it screens out decisions which are based on purely political considerations, or which are enacted for discriminatory reasons, from those made in the public interest. Second, it allows for judicial review of the factual foundation of the government decision.⁵²

However, when properly placed in an established tradition of case law, neither of these aspects of the standard of rationality imposes a heavy burden of proof.

3.1 Identification of Decisions Involving Political Interference or Discrimination

Here is how the Court describes the first aspect of the standard of justification, *i.e.*, the review of the reason for the government action:

[I]t screens out decisions with respect to judicial remuneration which are based on purely political considerations, or which are enacted for discriminatory reasons. Changes to or freezes in remuneration can only be justified for reasons which relate to the public interest, broadly understood.⁵³



The standard is expressed here in terms of “considerations” and “reasons”. This is a traditional type of judicial review based on concepts, ideas and perceptions. We can therefore see some concern over possible attempts to exert political pressure on the judiciary through economic issues.⁵⁴ We approach the more traditional concept of judicial independence, i.e., freedom to judge without fear of political intervention. Under this concept, the potential effect of any economic measures aimed at the judiciary will have to pass the test of how a reasonable, informed person would perceive the situation. This is the conventional test developed over the years through case law and applied by La Forest J. in his dissenting opinion.⁵⁵

Note that the majority of the bench and the dissenting judge are in agreement that, in principle, an across-the-board measure to reduce salaries paid from the public purse, which was adopted on the basis of the government’s budget priorities, does not threaten judicial independence.⁵⁶ In fact, the Court acknowledges that such a decision by the government would be *prima facie* rational. It “will typically be designed to effectuate the government’s overall fiscal priorities, and hence will usually be aimed at furthering some sort of larger public interest”.⁵⁷ This passage makes it clear that in certain cases strict budgetary considerations will suffice to demonstrate the rationality of government decisions.⁵⁸ The Court explains in the same breath that the less likely the measure in question is to serve as a means of economic manipulation and political interference, the easier it will be to prove its rationality.⁵⁹ Here, the rationality test described by the majority of the Court is similar to the test preferred by La Forest J.: the reasonable, informed person will see no infringement of the financial security of the judiciary in a measure applicable to all persons paid from the public purse.⁶⁰

3.2 Test of the “Reasonableness of the Factual Foundation of the Claim Made by the Government”

In the view of the Court, rationality is also effective as a standard of justification in that it authorizes judicial review “of the reasonableness of the factual foundation of the claim made by the government”.⁶¹ Not only must the budgetary measure introduced by the government reflect

an objective relating to the public interest, but also it must be justified by the facts. For a moment, we may have the impression that we are leaving behind the uncertain world of principles and values, and entering the more objective realm of empirical information.⁶² It is, however, a fleeting impression, both for reasons of principle and because the Court quickly and explicitly dispels the impression.

On the question of principles, it must be acknowledged from the outset that any government measure to spend public funds remains a decision or choice made, admittedly, in the light of a particular factual context, but by no means dictated by the latter.⁶³ It is not a brute fact; at most, it could be called a "judgemental fact".⁶⁴ It is an exercise in balancing values and interests, in assigning priorities among them, and it cannot be reduced to any form of scientific reasoning. The fairness or accuracy of such a decision cannot be scientifically proven. We are not dealing here with an empirical question.⁶⁵

The Court was certainly aware of this reality and explicitly related its requirement that a factual basis be demonstrated to the approach that it developed in the *Anti-Inflation Act* case.⁶⁶ As may be recalled in this case, in a context in which the constitutionality of a federal Act regulating wages and prices depended on the economic situation of the country, the Court noted that the factual evidence was only required in this regard in order to prove the existence of a rational basis for the legislative decision.⁶⁷

It is different from evidence of the existence of a fact, traditionally known at law. It is evidence of the existence of a rational basis for the legislative belief in the existence of certain facts, rather than of their actual existence.⁶⁸ This particular kind of evidence has likely, since that case, become the standard in constitutional cases based on the distribution of power,⁶⁹ and may be in the process of becoming the standard in cases based on *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* as well.⁷⁰ The nature of the facts referred to here, both economic and social, with indistinct contours and with respect to which one can hold only limited certainties, requires such a form of evidence.⁷¹ Furthermore, these facts are, in principle, not an issue, not at the heart of the judicial debate, but instead serve to clarify the context of a government measure.



It is not by chance that the Court refers to the kind of burden of proof developed in the *Anti-Inflation Act* case. The Court does so intentionally, because the fixing of judicial remuneration is a decision made on the basis of economic and social facts with respect to which there are, for all practical purposes, no empirical certainties. As we have seen, a decision concerning judicial remuneration will never be good or bad, right or wrong. It will only be rational or not, in the light of certain facts.

The deliberate reference to the *Anti-Inflation Act* case is confirmed when the Court expressly excludes the reasonable limits test developed with respect to s.1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁷² In the Court's view, therefore, it is inappropriate, when dealing with judicial remuneration, to consider the significance of the objective and the proportionality between this objective and the means used.⁷³

4. Nature of Evidence

The Court thus requires both a public statement of the reasons for the government decision, and evidence "of the reasonableness of the factual foundation of the claim made by the government".⁷⁴

4.1 Inadequacy of Government Statement?

The court requires government authorities to give legitimate reasons why they made a decision to go against the recommendations of the judicial compensation commission. The government decision will only be constitutional if it is found to be "rational" in a specific factual context.

What type of evidence will be required on which to base such a finding of rationality?

The mere affirmation of the existence of certain facts, by a government authority or legislature, cannot, in itself, constitute absolute proof of its existence;⁷⁵ it should, however, at least serve as *prima facie* evidence thereof. This is especially true in a constitutional context. The accepted principles of constitutional law, in fact, prevent us from giving decisive value to such a statement. A legislature or government authority cannot insulate its action from judicial review by declaring of its own motion the existence of the facts upon which its constitutional validity depends.⁷⁶ If such a disqualification stands for the purpose of

making a factual finding, *a fortiori* it stands for the constitutional characterization of these facts: in the matter of judicial compensation, for example, a government would not be able, by making a peremptory declaration that its action was reasonable, to insulate the latter from judicial review. The remedy of judicial review in constitutional matters is enshrined in Canadian constitutional law. Furthermore, it is clear that if decisive weight were granted to such a statement, the equity of the process of judicial review in constitutional matters would be diminished, by providing one party with exclusive control of a lethal weapon. Fairness requires that there be some possibility of challenging government statements of fact.

The courts should, however, give serious consideration to such statements of fact.⁷⁷ This minimal respect required to be shown by judges is based both on a deferential attitude toward the legislative assessment of facts and on the recognition that the government has greater expertise in the matter.

A statement by a legislative assembly or government that certain facts exist must accordingly be treated with the greatest respect. While it is not binding on the court, it does represent an informed opinion with democratic legitimacy. Such a statement should *prima facie* be considered true and based on an adequate analysis of the situation.⁷⁸

4.2 Other Evidence

Other evidence may support the rationality of the government decision. In the case of social facts, sometimes referred to as legislative facts, they will be easier to present. "Legislative facts, wrote the Supreme Court in another judgement, are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements".⁷⁹ They cannot be proven "as a matter of a fact".⁸⁰ Evidence as to this type of social fact is accordingly more flexible and less formal. In this connection, the *Brannett* briefs technique⁸¹ has a role to play and the courts have eased the traditional requirements of judicial notice.⁸² The Court may, for example, take judicial notice of difficult economic circumstances⁸³ and of the existence of



similar government action taken in other jurisdictions. Expert testimony may shed light on the economic situation. Studies in the social sciences and economics may be introduced as evidence. These various forms of evidence need only establish the existence of a rational basis for the government's action, and not the reality of the facts discussed *per se*.

4.3 Evidence to the Contrary

As the burden of proof on the government is limited to demonstrating a reasonable basis for its action, the opposing party is in the difficult position of having to demonstrate that the government action is unreasonable. There is no need here for the court to rule on the balance of evidence.⁸⁴ The very existence of countervailing evidence is therefore immaterial. It only becomes relevant insofar as it destroys the rational basis of the legislative belief.⁸⁵

Furthermore, I do not believe that the Court intended to set the stage for an interminable battle between experts on the seriousness of the economic situation, or on the urgency of reducing the deficit. The courts cannot⁸⁶ and should not become the arbiters of such a debate. Nor do I believe that they wish to.

The effectiveness of the structure introduced resides rather in the transparency and public justification required of government actions in the matter of judicial compensation⁸⁷ in order "to ensure public confidence in the justice system".⁸⁸ Compliance with the formalities introduced is seen as effective protection against economic manipulation and a gauge of respect for judicial independence.⁸⁹

On the subject of constitutional protection of judicial remuneration, what is at stake is, in fact, the existence of judicially required public justification to avoid economic manipulation of the judiciary, and not the "truth" of allegations concerning certain facts which is supposed to arise from arguments on both sides.

5. Weight Given to Recommendations by Compensation Commission

The very existence of recommendations by the compensation commission represents, in principle, the most compelling argument by those

challenging the rationality of a government decision not to implement them. In fact, such recommendations are, in principle "objective and fair ... dictated by the public interest",⁹⁰ and based on "objective criteria, not political expediencies".⁹¹ They have likely been developed by an independent, informed body, that has considered the submissions from the judiciary, the executive and the legislature, as well as a list of relevant factors, and may have hired consultants and commissioned studies in social sciences and economics.

The argument would be along the following lines: the structure within which the commission's recommendations are developed guarantees, in principle, their objectivity, reasonableness and merit. Therefore, a government that decides not to implement them but is required by the constitution to justify its action would have to begin by proving that they were defective. It is somewhat as if the commission's recommendations were an initial decision that the government could only overturn by proving its inherent defects, i.e., its erroneous, unreasonable or irrational nature.

This argument, although not without logic, is untenable.

First, it applies a way of thinking appropriate to administrative law, for judicial review of unreasonable administrative error, in a context that is inappropriate. Compensation commissions are not decision-making bodies capable of authorizing the expenditure of public funds, as the Court itself has made clear. They can only make non-binding recommendations. It is the legislature or government authorities that are still constitutionally entitled to determine the amount of judicial remuneration, which must be paid from the public purse.

Furthermore, the court has carefully avoided the language previously used by others on the subject of judicial remuneration, and which may have been interpreted as creating an obligation on the legislature or government authorities to prove that the recommendations that they decide not to implement were defective. This calls to mind certain provisions of the *Provincial Court Act* (B.C.L.),⁹² as discussed and interpreted by the British Columbia Supreme Court in *Re Judicial Compensation Committee*.⁹³ This Act created a judicial compensation committee whose recommendations were binding unless rejected by a



resolution of the provincial legislature as being unfair or unreasonable.⁹⁴ Such a rejection resolution was challenged by the provincial judges' association as being unlawful and not authorized by the relevant legislation. Note that this case involved an issue of administrative law and statutory construction, and that the rejection resolution was not challenged at trial as infringing the constitutional principle of judicial independence.⁹⁵ The Association argued specifically that the wording and purpose of the Act determined the power of the legislative assembly in the following way: in assessing whether a recommendation by the committee is reasonable or unreasonable, the only issue is whether the recommendation is objectively unreasonable, in other words, clearly unreasonable to the extent that no reasonable person could support it. Within the context of such an analysis, the only relevant information is the factual findings and the recommendations of the commission; the legislature has no authority to take into account its own government policy considerations, for example.

The B.C. Supreme Court dismissed this argument and held that the Act gave the legislature considerably more flexibility. The wording and purpose of the provisions in question led to the following conclusion: in assessing the committee's recommendations, the legislative assembly may make its own assessment, in light of the province's financial position and its particular perspective toward public spending.⁹⁶ In such matters, judicial review of the decision by the legislative assembly must be marked by the greatest deference.⁹⁷ In the case at bar, the Supreme Court upheld the validity of the resolution *a quo*.⁹⁸

Legislative provisions authorizing the rejection of recommendations of a judicial compensation commission only if considered unfair or unreasonable were accordingly interpreted as allowing the legislative assembly significant flexibility in its assessment. *A fortiori*, this flexibility should be allowed in the structure established in the *Provincial Court Judges case Reference*, as nothing in the judgement subjects the government's authority to determine judicial remuneration to a prior obligation to offer a responsible criticism of the commission's recommendations. The language of the *Provincial Court Judges case Reference* is clear: the government's obligation is to demonstrate the reasonableness of its own

decision on the issue of remuneration, not the irrationality or unreasonableness of the recommendation that it decides not to implement. This recommendation is, of course, but one piece of relevant information that the government is not "free to ignore",¹⁰⁰ but a demonstration of its defects, in particular, in terms of its unreasonableness, is not a necessary condition to the rationality of the government's decision not to implement it. From all the information at its disposal, which it is not obliged to divulge to the commission, and in light of its budget priorities ["inherently political decision"],¹⁰¹ the government may make a decision concerning judicial remuneration that is every bit as rational as the recommendation that it rejects. In terms of social and economic policy, where, "decisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components",¹⁰² two different decisions may be equally rational. Furthermore, in such cases, it may very well be that, "those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over members of the judicial branch".¹⁰²

Conclusion

When all is said and done, all the parties concerned still have considerable powers. The judiciary has of course defined the applicable parameters, the rules of engagement, which some will see as the ultimate power. The Court has, in fact, gone a long way. The sharp criticism seen in the dissenting opinion of Forest J., in particular his denunciation of the illegitimacy of the type of judicial review introduced by the majority opinion, is most interesting. The majority opinion is, in fact, based on the assumption that public confidence in the independence of judicial authority is weakened by the existence of direct negotiations between judges and governments, but strengthened by the interposition between them of a so-called independent, objective structure. In theory, this assumption has some appeal. However, it appears much weaker when placed in the context of the case, *i.e.*, one of (1) across-the-board general wage reductions applicable to everyone paid from the public purse, and (2) an opinion in which the Supreme Court, from its



position at the apex of Canada's judicial edifice, defines a complex, detailed structure and process for determining judicial remuneration, which it holds to be constitutionally required but which has no basis in either constitutional documents or constitutional tradition.

We should, however, be thankful that the Supreme Court, despite all this, was quite reasonable in its burst of creativity. The provincial governments retain authority to determine judicial remuneration, on the basis of their priorities and without being restricted to a uniform model for every province. They must establish a structure whose greatest effectiveness should, in principle, be to reassure the public against improper political interference and, therefore, to encourage confidence in the administration of justice. The courts will assess the rationality of a decision by the government not to implement the recommendations of the provincial commission on the basis of a flexible criterion that should, in fact, only translate the concerns of a reasonable person confronted with the possibility of economic manipulation of the judiciary. Co-operation is possible, whereby respective powers are allied in their pursuit of a common goal: protection of the rule of law by preserving public confidence in the existence of an independent judiciary.

¹ It was partly a concern over judges' self-interest in their interpretation of judicial independence that prompted Peter Russell to question the possibility of a formal constitutional guarantee of the principle. He wrote: "There is a further, somewhat indelicate, thought that must be added to these reservations about a constitutional guarantee of judicial independence. In interpreting such a guarantee, judges are policing the boundaries of their own power. In doing so, their own institutional interests are involved in a manner that does not arise when they are umpiring constitutional disputes between the two levels of government or between the citizen and government (...) Canadians might well be cautious about making changes in the Constitution which will give judges a more powerful role in defining their own power and shift power away from those who are politically accountable and represent other interests in society": Peter H. Russell, *The Judiciary In Canada: The Third Branch Of Government* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1987) at 97. Similarly, in addressing the problem raised by the possible application of a wage reduction statute to the judiciary, Holdsworth wrote

in 1932: "It is a nice problem; but the difficulty is to find out who is to solve it. The judges cannot be judges in their own cases; and there is no other tribunal which has authority to settle the problem (...) But the fact that it is now possible that a case can arise, in which it is constitutionally impossible for the judges to obtain an authoritative ruling upon a point of law by the ordinary methods open to any other subject, raises the much wider question of the policy pursued by the state in recent years with respect to the question of the remuneration of the judges": W.S. Holdsworth, "The Constitutional Position of the Judges" (1932) *Law Quarterly Review* 25 at 30. For an articulation of the same concern, by the Supreme Court of the United States, in a case relating to the applicability of a tax on judicial remuneration: "Because of the individual relation of the members of this court to the question, thus broadly stated, we cannot but regret that its solution falls to us (...) But jurisdiction of the present case cannot be declined or renounced," *Evans v. Gore*, (1919) 40 Sup. Ct. Reporter 550, 253 U.S. 245.

² [1997] 3 S.C.R. 3.

³ Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

⁴ "The legislature and executive cannot, and cannot appear to, exert political pressure on the judiciary, and conversely (...) members of the judiciary should exercise reserve in speaking out publicly on issues of general public policy that are or have the potential to come before the courts, that are the subject of political debate, and which do not relate to the proper administration of justice." (*Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 91. See also *Ibid.* pp.87-88 and 93).

⁵ *Ibid.* at 33.

⁶ "[U]nder no circumstances is it permissible for the judiciary (...) to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature. Any such negotiations would be fundamentally at odds with judicial independence" (*Ibid.* at 89). On prohibited negotiations, see also pp. 112 to 115. Note that the Court states that this prohibition in no way precludes a simple expression of concerns or representations. On the risk of improper politicization related to direct negotiation between judges and government, see, in particular, Peter H. Russell, *supra* note 1 at 15: "Collective bargaining implies that both sides may resort to economic or political sanctions when the bargaining breaks down". See also Martin H. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995) at 65: "Nevertheless, the more one can avoid head-to-head bargaining between the



government and the judiciary, the better. Some buffer mechanism will help prevent the danger of subtle accommodations being made, involving, for example, increased pay or pensions for not blocking important government initiatives". See, finally, Richard Chernick and Steven S. Lucas, "The Need for Judicial Compensation Commissions" (1994) 78 *Judicature* 6 at 6: "[S]uch judicial lobbying may have adverse collateral effects. The specter of judges traveling to the legislature, hat in hand, to argue their cause tends to tarnish the judiciary with the imprint of politics in a manner inconsistent with the traditional role of the courts. The effect, over time, is to call into question the judiciary's autonomy and independence, attributes that are fundamental to public support of the justice system". La Forest J, dissenting in the case has a very different view on the issue: in his opinion, in terms of institutional relations, "the fixing of provincial court judges' remuneration is entirely within the discretion of the government" (*Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 198); there is nothing to negotiate, and judges are free to make recommendations regarding their salaries, while governments would be wise to seriously consider them (*Ibid.*).

⁷ See the extremely systematic description (*Ibid.* at 103ff).

⁸ "The imperative of protecting the courts from political interference through economic manipulation is served by interposing an independent body—a judicial compensation commission—between the judiciary and other branches of government" (*Ibid.* at 102). If the Court is constitutionalizing compensation commissions here, it is not creating the concept. Both at the federal and provincial levels, such commissions already existed, set up by statute. We must now determine whether the existing structures are compatible with the constitutional requirements set out by the Court. For La Forest J., dissenting, the principle of judicial independence does not demand such a structure since, in his opinion, "it is abundantly clear that a reasonable, informed person would not perceive that, in the absence of a commission process, all changes to the remuneration of provincial court judges threaten their independence" (*Ibid.* at 192).

⁹ *Ibid.* at 104.

¹⁰ *Ibid.* at 105.

¹¹ *Ibid.* The Court refers to a 1995 report by the federal Minister of Justice, adding: "They must make recommendations on judges' remuneration by reference to objective criteria, not political expediencies" (*Ibid.*).

¹² The legislative assembly or the government may be responsible for determining judicial remuneration. For the author's writing convenience, the general expression "government" will be used here.

¹³ The Court agrees from the outset that the Canadian Constitution does not, in principle, prohibit salary reductions for the judiciary. The only restriction in this respect relates to the existence of a minimum level beyond which judicial independence would be compromised (*Ibid.* at 112 to 115). *Contra*: the American Constitution, Article III: "The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office". See also the debate that arose at British law, over whether the judiciary were covered by the *National Economy Act, 1931*, which imposed a 20% salary reduction on persons "in His Majesty's Service". See, specifically, W.S. Holdsworth, *supra* note 1, who argues against the application of this Act to the judiciary on the grounds that they are, in fact, not "in His Majesty's Service". See also R.F.V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* (Oxford: Clarendon Press, 1964) at 513ff; W.R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 Canadian Bar Review 769 and 1139 at 792ff, and finally Shimon Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (Oxford: North-Holland Publishing Company, 1976), who writes at 35: "The administrative reduction of judicial salaries invoked a heated public controversy and divided legal scholars. The judges strongly protested against the reduction. In meeting the Prime Minister and in a collective memorandum to the Lord Chancellor, which was subsequently read in the House of Lords, they argued that the independence of the judiciary would be impaired if their salaries were reduced in this manner. The government finally retreated and the reduction of judicial salaries was cancelled".

¹⁴ "[A]s a general constitutional principle, the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class (i) when governments propose to single out judges as a class for a pay reduction, the burden of justification will be heavy" (*Ibid.* at 88. See also pp. 94-5, 99 and 111).

¹⁵ See Part II of this paper, dealing with the standard of rationality. The structure established by the Court resembles the AJS (American Judicature Society) Model

Statute, the text of which, along with comments, is found in Richard Chernick and Steven S. Lucas, *supra* note 6. The requirement that the decision to reject be reasonable is, however, supplemented by a negative resolution procedure, whereby the commission's recommendations are biding if political authorities are silent on the matter.

- ¹⁶ Merely as an example, since the so-called "constitutional" procedural requirements were set out for the first time in the *Provincial Court Judges case Reference* it is difficult to see how political authorities could have prepared a timely justification within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- ¹⁷ *Ibid.* at 103.
- ¹⁸ "Within the parameters of s. 11(d), there must be scope for local choice, because jurisdiction over provincial courts has been assigned to the provinces by the *Constitution Act, 1867*" (*Ibid.* at 103).
- ¹⁹ According to La Forest J., dissenting, these are at most "desirable as matters of legislative policy", but not mandated by s. 11(d) of the *Charter* (*Ibid.* at 188).
- ²⁰ *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.
- ²¹ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 102.
- ²² *Ibid.* at 63 to 78.
- ²³ *Ibid.* at 69.
- ²⁴ *Ibid.* at 77.
- ²⁵ "In conclusion, the express provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* are not an exhaustive written code for the protection of judicial independence in Canada. Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. In fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located" (*Ibid.* at 78).
- ²⁶ It is interesting in this matter to reread today the words of Martin Friedland, who in 1995 examined the advisability of constitutionalizing a general principle of judicial independence in Canada. Martin H. Friedland, *supra* note 6 at 23 to 27. He noted, in particular, the unsuccessful attempt to do so formally through the Constitutional Reform Bill, 1978 [s. 100: The principle of the independence of the judiciary under the rule of law and in consonance with the supremacy of the law is a fundamental principle of the Constitution of Canada].

In order to explain the failure to date to recognize a general principle of judicial independence in the Constitution, he suggested that the provinces were worried about "the boost such a provision would give to institutional autonomy" (*Ibid.* at 25). Finally, he noted a number of unsuccessful judicial initiatives in the '80s and '90s, to encourage the constitutionalization of judicial independence, in particular, at the time of the Meech Lake and Charlottetown agreements. Similarly, Peter Russell wondered in 1987 whether the judicial interpretation of a constitutional guarantee was the best way of managing relations between the three branches of the State (Peter H. Russell, *supra* note 1 at 97) and expressed his concern over the considerable judicial power granted to define the essential elements of judicial independence inherent in the constitutionalization of the principle (*Ibid.* at 96).

²⁷ "Given that the express provisions dealing with constitutional protection for judicial independence have specifically spelled out their application, it seems strained to extend the ambit of this protection by reference to a general preambular statement" (*Provincial court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 184-85).

²⁸ *Ibid.* at 90.

²⁹ Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* reads as follows: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

³⁰ The Court stressed the retroactivity of a judicial declaration of unconstitutionality of a financial measure incompatible with judicial independence is unconstitutional is retroactive (*Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3 at 10ff; hereinafter, *Provincial Court Judges case Rehearing*): "The declarations of invalidity of offending provisions in provincial statutes and regulations retroactively nullified them." See text accompanying note 33, for a presentation of this rehearing. In the case of the *Provincial Court Judges case Reference*, since the unconstitutional measure involves a salary reduction, the retroactive unconstitutionality involves a reimbursement to the judges: the one-year suspension also covers "any reimbursement for past salary reductions" (*Ibid.* at 19). More complicated problems could arise in cases where the economic measure involved a salary increase granted in violation of procedural requirements. Would its retroactive unconstitutionality involve repayment by the judges in such a case. Furthermore, if a government decision not to follow through on a recommendation made by a duly mandated commission was found to be irrational, what would be the applicable economic measures? The rejected recommendation



could not be implemented, as the Court explicitly rejected the binding decision and negative resolution models (*Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 107-8). The economic *status quo* would only perpetuate the dependence of the courts concerned. Could this be a case of “reading in” within the meaning of *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 731, where the appropriate sanction under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* would be to implement the unconstitutionally rejected recommendation?

³¹ Pursuant to s. 11(d) of the *Charter*.

³² Possibly under the preamble to the *Constitution Act, 1867*: see above.

³³ The Court refers to the unconstitutionality of the courts concerned in the following terms: “The upshot of this court’s judgement is that every person found guilty by a provincial court in Alberta, Manitoba or Prince Edward Island has suffered a breach of his or her s. 11(d) rights” (*Provincial Court Judges case Rehearing*, *supra* note 30 at 10).

³⁴ *Provincial Court Judges case Rehearing*, *supra* note 30.

³⁵ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 109.

³⁶ *Ibid.* at 110.

³⁷ “With respect to the judiciary, the determination of the level of remuneration from the public purse is political in another sense, because it raises the spectre of political interference through economic manipulation. An unscrupulous government could utilize its authority to set judges’ salaries as a vehicle to influence the course and outcome of adjudication” (*Ibid.* at 93).

³⁸ *Ibid.* at 107. See also p. 92: “[R]emuneration from the public purse is an inherently political concern, in the sense that it implicates general public policy (...) The decision to reduce a government deficit, of course, is an inherently political decision”.

³⁹ *Ibid.* at 105.

⁴⁰ *Ibid.* at 110. Furthermore, if it is agreed that the judicial independence of provincial courts not adjudicating in criminal matters is protected under the preamble to the *Constitution Act, 1867* (*obiter* of the Court, *Ibid.* at 63 to 78), one may wonder how the reasonable limits test under s. 1, technically restricted to the rights and freedoms safeguarded by the *Canadian Charter, 1982*, could play a role, if this were the case.

- ⁴¹ As for the ambiguity of the concept of rational basis in constitutional law, see Joseph Eliot Magnet, "The Presumption of Constitutionality" (1980) 18 Osgoode Hall Law Journal 87 at 113ff.
- ⁴² Nouveau Petit Robert, 1995.
- ⁴³ *Ibid.*
- ⁴⁴ *Investigation and Research Branch v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. The British Columbia Court of Appeal refers to this decision in *Re Judicial Compensation Committee*, from May 28, 1998, overturning a trial decision reported in (1997), 27 B.C.L.R. (3d) 134.
- ⁴⁵ *Ibid.* at 775-76.
- ⁴⁶ *Ibid.* at 776.
- ⁴⁷ *Ibid.* at 776-77.
- ⁴⁸ *Ibid.* at 779 (emphasis added).
- ⁴⁹ *Ibid.* at 773.
- ⁵⁰ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 107.
- ⁵¹ *Ibid.* at 110.
- ⁵² "Second, if judicial review is sought, a reviewing court must inquire into the reasonableness of the factual foundation of the claim made by the government, similar to the way that we have evaluated whether there was an economic emergency in Canada in our jurisprudence under the division of powers (*Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373)" (*Ibid.* at 110).
- ⁵³ *Ibid.* at 110.
- ⁵⁴ *Ibid.* at 91.
- ⁵⁵ "The threat to judicial independence that arises from the government's power to set salaries consists in the prospect that judges will be influenced by the possibility that the government will punish or reward them financially for their decisions. Protection against this potentiality is the *raison d'être* of the financial security component of judicial independence" (*Ibid.* at 194). For La Forest J., the traditional test of the reasonable person is effective and sufficient. He notes: "Judges, in my opinion, are capable of ensuring their own independence by an appropriate application of the Constitution. By employing the reasonable perception test, judges are able to distinguish between changes to their



remuneration effected for a valid public purpose and those designed to influence their decisions" (*Ibid.* at 196).

⁵⁶ *Ibid.* at 111 and 192.

⁵⁷ "Across-the-board measures which affect substantially every person who is paid from the public purse, in my opinion, are *prima facie* rational. For example, an across-the-board reduction in salaries that includes judges will typically be designed to effectuate the government's overall fiscal priorities, and hence will usually be aimed at furthering some sort of larger public interest" (*Ibid.* at 111).

⁵⁸ This statement should be considered in light of the words of Lamer C.J. on the part played by economic considerations in issues of constitutionally protected rights and freedoms (*Ibid.* at 155 to 57). He notes that while purely financial considerations are not sufficient within the meaning of s. 1 of the *Charter*, they may be relevant in determining the standard of deference for the test of minimal impairment and in determining appropriate sanction, where applicable.

⁵⁹ "Although the test of justification—one of simple rationality—must be met by all measures which affect judicial remuneration and which depart from the recommendation of the salary commission, some will satisfy that test more easily than others, because they pose less of a danger of being used as a means of economic manipulation, and hence of political interference" (*Ibid.* at 111).

⁶⁰ He writes: "It is simply not reasonable to think that a decrease to judicial salaries that is part of an overall economic measure which affects the salaries of all persons paid from public funds imperils the independence of the judiciary" (*Ibid.* at 192) and "[t]here is virtually no possibility that such economic manipulation will arise where the government makes equivalent changes to the remuneration of all persons paid from public funds" (*Ibid.* at 194). For a classic expression of a similar idea, at American law: "The exemption of salaries from diminution is intended to secure the independence of the judges, on the ground, as it was put by Hamilton in *The Federalist* (No. 79) that "a power over a man's subsistence amounts to a power over his will". That is a very good reason for preventing attempts to deal with a judge's salary as such, but seems to me no reason for exonerating him from the ordinary duties of a citizen, which he shares with all others. To require a man to pay the taxes that all other men have to pay cannot possibly be made an instrument to attack his independence as a judge. I see nothing in the purpose of this clause of the Constitution to indicate that the judges were to be a privileged class, free from bearing their share of the cost of the institutions upon which their well-being if not their life depends", Holmes J., dissenting, with the support of Brandeis J., in *Evans v. Gore*, *supra* note 1.

- ⁶¹ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 111.
- ⁶² Tribe has criticized a judicial approach focusing too closely on scientific studies and technical cost/benefit analyses: "It is a managerial vision of deference to authority and expertise, couched in the technocratic garb of "cost-benefit analysis", and reinforced by the illusory precision and the pretended neutrality of a pseudo-scientific calculus for measuring claims and counterclaims", Laurence H. Tribe, "Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve" (1984) 36 *The Hastings Law Journal* 155 at 156. He also decries the sloughing off of responsibility arising from the overdependence on so-called scientific analysis: "They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability ... They enable each of us to don a mantle that says, "I didn't do it" (*Ibid.* at 168).
- ⁶³ Hogg wrote something similar in 1976: "A legislature acts not merely on the basis of findings of fact, but upon its judgement as to the public perceptions of a situation and its judgement as to the appropriate policy to meet the situation. These judgements are political, and they often do not coincide with the views of social scientists or other experts. It is not for the court to disturb political judgement, much less to substitute the opinions of experts", Peter Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976) 36 *U.T.L.J.* 376 at 396.
- ⁶⁴ See Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 2d ed. (San Diego, 1980) vol. 3 at 178: "Even when they are controverted, judgemental facts may often be found without supporting evidence. A judgemental fact is a fact that is mixed with judgement, policy ideas, opinion, discretion, or philosophical preference". See also Susan Kenny, "Constitutional Fact Ascertainment" (1990) 1 *Public Law Review* 134 at 143 who wrote, concerning American constitutional control of economic matters, approving of the establishment of a rational basis: "[R]elevant facts are likely to be virtually inseparable from matters of policy—the sole preserve of the elected branches of government."
- ⁶⁵ Laskin J. wrote, in *Re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 *S.C.R.* 373 at 425 [hereinafter, *Anti-Inflation Act case*]: "The economic judgement can be taken into account as an element in arriving at an answer to the question whether there is a rational basis for the governmental and legislative judgement exercised in the enactment of the *Anti-Inflation Act*. It cannot determine the answer." Likewise, the Supreme Court justices agreed that, in the context of an analysis pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the rationality of the relation between a legislative measure and the end sought was sometimes a matter of "common sense", "reason" and "logic": see, for example, *RJR MacDonald Inc. v. Canada (A.G.)*, [1995] 3 *S.C.R.* 199 at par. 127. McLachlin J. wrote: "[t]he infringing measure must be justifiable by the processes of reason and rationality. The



question is not whether the measure is popular or accords with the current public opinion polls. The question is rather whether it can be justified by application of the processes of reason. In the legal context, reason imports the notion of inference from evidence or established truths. This is not to deny intuition its role, or to require proof to the standards required by science in every case, but it is to insist on a rational, reasoned defensibility", and: "The causal relationship between the infringement of rights and the benefit sought may sometimes be proved by scientific evidence showing that as a matter of repeated observation, one affects the other. Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, as in the case of the *Tobacco Products Control Act*, the causal relationship may not be scientifically measurable. In such cases, this court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective" (par. 154). See also the comments by La Forest J. at 84.

⁶⁶ *Anti-Inflation Act* case, *supra* note 65.

⁶⁷ Laskin J. wrote: "In considering such material and assessing its weight, the Court does not look at it in terms of whether it provides proof of the exceptional circumstances as a matter of fact. The matter concerns social and economic policy and hence governmental and legislative judgement. It may be that the existence of exceptional circumstances is so notorious as to enable the Court, of its own motion, to take judicial notice of them without reliance on extrinsic material to inform it. Where this is not so evident, the extrinsic material need go only so far as to persuade the Court that there is a rational basis for the legislation which it is attributing to the head of power invoked in this case in support of its validity" (*Ibid.* at 423). For his part, Beetz J. wrote: "We were provided with a wealth of extrinsic material the consideration of which, it was expected, would enable us to make a finding of facts as to whether or not there was a rational basis for Parliament to judge that it could rely upon that power" (*Ibid.* at 470).

⁶⁸ "This test demonstrates a judicial deference to the legislative branch, when the latter makes controversial judgements as to the need for legislative intervention to address a social or economic problem. With such a test, the Court need not get into complex debates about the truth and reliability of the evidence filed. So long as the material is sufficiently cogent to show that the legislators were not acting arbitrarily in enacting the legislation, the statute stands", Katherine E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years* (Toronto: Carswell, 1990) at 83.



- ⁶⁹ "The Anti-Inflation Reference (1976) decides that, in distribution-of-power (or federalism) cases, the proponent of legislation need show no more than a rational basis for legislative facts that are prerequisite for the validity of the legislation", Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto: Carswell, 1992) at 1296.
- ⁷⁰ Danielle Pinard, "La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac", (1994) 39 McGill Law Journal 401 at 419ff. See also the dissenting opinion of Sopinka J. in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, on evidence of the rational connection between the objective sought and the legislative measure selected, as required under s. 1 of the *Charter*: "[I]n dealing with governmental actors, it is often difficult, if not impossible, to prove in the ordinary way whether a particular measure will in fact achieve its objective. Accordingly, if Parliament, a legislature or other governmental body had a reasonable basis for concluding that the measure would achieve its objective, that is ordinarily a basis for concluding that there is a rational connection between the measure and the governmental objective. Accordingly, although the government could not prove that advertising toys on television had a manipulative effect on children, nor that hate propaganda actually promoted hatred against an identifiable group, nor that pornography caused harm to women, the fact that there was sufficient evidence to provide a reasonable basis for the legislature to adopt the impugned legislation in aid of its objective was sufficient to save it" (*Ibid.* at 1195-96).
- ⁷¹ See Pinard, *Ibid.* at 409ff; Danielle Pinard, "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel", (1997) 31 Revue Juridique Thémis 315; Paul A. Freund, "Review of Facts in Constitutional Cases" in Edmond Cahn (under the direction of) *Supreme Court and Supreme Law* (New York: Indiana University Press, Bloomington, 1954) 47 at 47: "A conventional formulation is that legislative facts—those facts which are relevant to the legislative judgement—will not be canvassed save to determine whether there is a rational basis for believing that they exist, while adjudicative facts—those which tie the legislative enactment to the litigant—are to be demonstrated and found according to the ordinary standards prevailing for judicial trials".
- ⁷² "Moreover, I wish to clarify that the standard of justification required under s. 11(d) is not the same as that required under s. 1 of the *Charter*" (*Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 110-11). "The standard of justification here, by contrast, is one of simple rationality" (*Ibid.* at 110).
- ⁷³ It is, incidentally, noteworthy that, although the Court initially developed the test of reasonable limits to rights and freedoms using traditional evidential wording, it soon had to fall back, there too, on the simple requirements of a

rational basis: see Danielle Pinard, *supra* note 70. *A fortiori*, only these requirements may be applied in the case of division of power.

⁷⁴ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 111.

⁷⁵ Along the same lines, see Joseph Magnet, *supra* note 41 at 115.

⁷⁶ See, for example, Henry Wolf Bicklé, "Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action" (1924) *Harvard Law Review* 6 at 19: "It is clear that the legislative finding as to the fact upon which the validity of the legislation depends cannot be allowed to be binding upon the courts, since this would furnish a simple means of preventing judicial review of such legislation in this class of cases"; Henry P. Monaghan, "Constitutional Fact Review" (1985) 85 *Columbia Law Review* 229 at 252: "[N]o legislature could insulate its action from judicial review by determining initially the facts upon which the constitutionality of those actions depended and thereafter making such factual findings binding upon the courts".

⁷⁷ This is what the Supreme Court of Canada did in the *Anti-Inflation Act* case, *supra* note 65. The preamble to the Act in question read as follows: "Whereas the Parliament of Canada recognizes that inflation in Canada at current levels is contrary to the interests of all Canadians and that the containment and reduction of inflation has become a matter of serious national concern and whereas to accomplish such containment and reduction of inflation it is necessary to restrain profit margins, prices, dividends and compensation". Laskin J. wrote: "The preamble in the present case is sufficiently indicative that Parliament was introducing a far-reaching programme promoted by what in its view was a serious national condition. The validity of the *Anti-Inflation Act* does not, however, stand or fall on that preamble, but the preamble does provide a basis for assessing the gravity of the circumstances which called forth the legislation" (*Ibid.* at 422). Ritchie J. also gave serious consideration to the legislative statement of facts (*Ibid.* at 438). Beetz J., dissenting on this question, also considered the statement of fact from the preamble, but deemed the failure to classify the facts stated as constituting an emergency situation to be a fatal omission. In his view, the seriousness of such a classification, in terms of the federal division of legislative authority, required Parliament to assume responsibility for it.

⁷⁸ Joseph Magnet, *supra* note 41 at 105: "The presumption of regularity as applied to legislative declarations of facts can mean only that the facts as declared, at least *prima facie*, are true ... [T]he court presumes that the legislature presents an adequate picture resulting from a sufficient investigation".

⁷⁹ *Danson v. A.G. Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 1086 at 1099, Cory J. for the Court.

⁸⁰ *Anti-Inflation Act* case, *supra* note 65.

⁸¹ The first social science brief submitted to the court by Louis Brandeis was, in fact, intended only to establish the rationality of the legislative decision, not the reality of the facts stated therein. See Danielle Pinard, "La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves" (1996) 26 *Revue De Droit De L'Université de Sherbrooke* 497 at 507ff.

⁸² Danielle Pinard, "La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve" (1997) 31 *Revue Juridique Thémis* 87; Danielle Pinard, *supra* note 71.

⁸³ In fact, this is, in part, what it probably did in *Anti-Inflation*, in order to conclude that the introduction of wage and price controls by the federal Parliament in difficult economic circumstances was reasonable. See commentary in Danielle Pinard, *supra* note 71 at 337ff.

⁸⁴ "The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the necessity for strict proof of the underlying facts. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict", Hogg, *supra* note 69 at 1297.

⁸⁵ Paul Freund, *On understanding The Supreme Court*, 88-89 (1949), cited in Paul Brest, *Processes of Constitutional Lawmaking: Cases and Materials* (Boston: Little, Brown, 1975) at 1006: "The data are offered not for the truth of the facts asserted but only to establish that responsible persons have made the assertions and hold the opinions which are disclosed (...) Consequently, the introduction of countervailing evidence would be immaterial (...) The opponent must show that the opinion in support of legislation is wholly untenable." The author, however, qualifies his position: Paul A. Freund, "Review of Facts in Constitutional Cases" in Edmond Cahn (under the direction of) *supra* note 71 at 49 (concerning the Brandeis briefs): "Even though the data adduced are presented not to demonstrate the truth of the facts but only to establish a respectable body of opinion holding them to be true, it would seem that upon challenge the data ought to be presented on the record, giving an opportunity to discredit or refute the body of opinion so offered".

⁸⁶ *Contra*: statement by Lamer J., *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 117, on determining the minimal acceptable level of judicial compensation: "... I note that this Court has in the past accepted its expertise to adjudicate upon rights with a financial component

⁸⁷ The government must formally respond to the recommendations of the commission (*Ibid.* at 108), and its reason must be legitimate (*Ibid.* at 110) and given in writing (*Ibid.* at 109).



- ⁸⁸ “The need for public justification, to my mind, emerges from one of the purposes of s. 11(d)’s guarantee of judicial independence—to ensure public confidence in the justice system. A decision by the executive or the legislature, to change or freeze judges’ salaries, and then to disagree with a recommendation not to act on that decision made by a constitutionally mandated body whose existence is premised on the need to preserve the independence of the judiciary, will only be legitimate and not be viewed as indifferent or hostile to judicial independence if it is supported by reasons” (*Ibid.* at 109).
- ⁸⁹ One may legitimately wonder whether a simple public discussion in the legislature could not have fulfilled these requirements. See, for a laudatory account of the parliamentary debate on the remuneration of federal judges: Peter Russell, *supra* note 1 at 151-52: “From a democratic perspective the legislative method of determining judicial remuneration has the advantage of exposing the process to public scrutiny and discussion (...) The Canadian judiciary is strong enough to take the buffeting which may be associated with periodic discussion of its level of compensation on the floor of the House of Commons. Legitimate debate on the remuneration of judges provides one of the few opportunities for public review of judicial performance. It would be a shame to eliminate this ounce of accountability”.
- ⁹⁰ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 105.
- ⁹¹ *Ibid.*
- ⁹² *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 7.1.
- ⁹³ *Re Judicial Compensation Committee* (1997), 27 B.C.L.R. (3d) 134, overturned by the British Columbia Court of Appeal on May 28, 1998. See comments *infra* note 98.
- ⁹⁴ “The Legislative Assembly may, by a resolution passed within 21 sitting days after the date on which the report and recommendations are laid before the Legislative Assembly under subsection (8), (a) resolve to reject one or more of the recommendations made in the report as being unfair or unreasonable (...)”, *Provincial Court Act*, *supra* note 92, s. 7.1(9).
- ⁹⁵ *Re Judicial Compensation Committee*, *supra* note 93 at par. 57. The Court of Appeal handed down its judgement in the case on May 26, 1998, subsequent to the Supreme Court *Provincial Court Judges case Reference*, and discussed the constitutional question: see *infra* note 98.
- ⁹⁶ “In this context, it is an appropriate use of the words “unfair or unreasonable” to characterize the recommendation as being one or the other or both based on the Legislature’s particular perspective towards matters of public spending, and

the policy of the government with respect to that (...) Having regard to the language of s. 7.1, I conclude that the legislative intention was to allow the Legislature to make its own assessment of the fairness and reasonableness of recommendations, particularly in relation to the financial position of the government", *Re Judicial Compensation Committee*, *supra* note 93 at pars. 38 and 40. The Court of Appeal upheld this interpretation of the Act: par. 23 of the judgement of the Court of Appeal.

⁹⁷ "While the resolution of the Legislative Assembly is subject to judicial review, it is relevant to consider that it is a resolution passed by a sovereign legislature under one of its own statute in relation to a question peculiarly within its area of responsibility and knowledge. That question relates, in the language of the section, to the current financial position of the government", *Re Judicial Compensation Committee*, *supra* note 93 at par. 49. The Court of Appeal instead applied a standard of review of rationality, which it called an administrative law standard, like the one selected by the Supreme Court in the *Provincial Court Judges* case *Reference*: decision of the Court of Appeal at par. 26.

⁹⁸ The British Columbia Court of Appeal rendered its judgement in this case on May 26, 1998. It overturned the trial decision and held that the resolution *a quo* infringed both the requirements under the provincial legislation and the constitutional criteria developed in the meantime by the Supreme Court of Canada in the *Provincial Court Judges* case *Reference*. The Court of Appeal appears to agree that the provisions of the provincial legislation were, in that case, more exacting than the structure established in the *Provincial Court Judges* case *Reference*. It concurs with the analysis by the trial court, to the effect that, in assessing the recommendations of the committee, the legislative assembly may conduct its own assessment, in particular, in light of its economic concerns. The Court of Appeal, however, was of the opinion that the resolution of the legislative assembly did not pass the rationality test (according to the Court of Appeal, a criterion at administrative law that was also applied by the Supreme Court in the *Provincial Court Judges* case *Reference*), particularly in its across-the-board rejection of the committee's recommendations, including the most innocuous among them. It is therefore the standard of review applied, and not the interpretation of the legislative authority in question, that explains the judgement by the Court of Appeal. The Supreme Court had instead used a much more minimalist standard of review at administrative law, deferring to the sovereignty of the legislative assembly. Furthermore, the rationality test applied by the Court of Appeal does not appear to respect the requirements developed in the matter by the Supreme Court in the *Provincial Court Judges* case *Reference*. In fact, the Court of Appeal gives no thought here as to whether the government's objec-



tive is legitimate or whether the measure in question has a rational basis. Instead, it appears to analyse the merits of the decision and the **attitude** of the political authorities.

⁹⁹ *Provincial Court Judges case Reference*, *supra* note 2 at 108.

¹⁰⁰ *Ibid.* at 92.

¹⁰¹ *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 at 304–5, passage concerning a study of the effects of forced retirement. Another passage from the same decision: “The Legislature, like this Court, was faced with competing socio-economic theories, about which respected academics not unnaturally differ. In my view, the Legislature is entitled to choose between them and surely to proceed cautiously in effecting change on such important issues of social and economic concern. On issues of this kind, where there is competing social science evidence ... the question for this Court is whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislation impaired the relevant right as little as possible, given the government’s pressing and substantial objectives” (*Ibid.* at 309, per La Forest, Dickson and Gonthier). See, finally, *Irwin Toy v. A.G. Quebec*, [1989] 1 S.C.R. 927 at 993: “Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck ... When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices”.

¹⁰² *McKinney*, *Ibid.* at 305.

Setting Judicial Compensation: Implications of the Decision of the Supreme Court of Canada in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island Case*



Nicholas d'Ombrain

Introduction

On September 18, 1997, the Supreme Court of Canada handed down a decision requiring all jurisdictions in Canada to create particular institutions and follow prescribed procedures necessary to protect the independence of the judiciary in matters respecting judicial compensation.¹ This paper deals with the institutional and procedural elements of the Supreme Court decision and their implications for governments and the judiciary in Canada.

The Supreme Court Decision

Chief Justice Lamer wrote a majority decision concurred in by five of his colleagues (L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, and Iacobucci). The import of the decision for future arrangements for determining judicial compensation is as follows:

1. The *Constitution Act, 1867* provides for federal judicial salaries to be set by Parliament. Provincially appointed judges are not paid pursuant to a constitutional provision. However,
 - as a matter of broad judicial independence flowing from the provision in the preamble to the *British North America Act* that provided Canada with "... a Constitution similar in Principle to



that of the United Kingdom", and in order to ensure the right to a fair and impartial trial under section 11(d) of the *Charter*,²

the remuneration of judges must be determined through a "de-politicized" process.

2. In order for the process to be "de-politicized", it is necessary to interpose an institutional arrangement that will act as an "institutional sieve" between the "executive" and the "legislature", on the one hand, and judges, on the other.
3. This sieve is to consist of a commission, one to each jurisdiction. The commission is to be appointed for a fixed term, and it is to consist of three persons, one appointed by each of the "branches of government", the judiciary, the executive and the legislature.
4. No changes are to take place in judicial compensation without prior consultation and a report from the relevant commission.
5. The commission's reports are to be acted on "... directly, with due diligence and reasonable dispatch"³ within a specified period of time, and where recommendations are not followed, an explanation is to be laid before Parliament and the legislature and this can be challenged in court to determine if the reasons given meet a test of "simple rationality". Each commission is to review action taken on its recommendations on a regular basis.

A re-hearing of certain aspects of the case took place in January 1998. This dealt with a number of matters (principally the validity of trials in certain jurisdictions following salary actions respecting judges deemed "unconstitutional" by the Court). In February 1998 the Court issued a clarification that *inter alia* set out a transition period ending 18 September 1998 by which time each jurisdiction must have in place "... an independent, objective and effective process for setting judicial remuneration, including any reimbursement for past salary reductions".⁴

Dissent by Justice La Forest

Justice La Forest wrote a lengthy dissent, taking as his point of departure that his colleagues erred in believing that "... a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" placed judicial independence beyond the reach of the Westminster Parliament.⁶ His overriding concern, however, was that the decision of the majority ventured unnecessarily into new constitutional territory and prescribed institutions and processes that in his opinion were not required by the facts before the Court.

Justice La Forest noted that the judgement goes beyond the principles and criteria for judicial independence set out by the Supreme Court in *Valente* in 1985, which prescribed a test of a perception of independence by a reasonable, informed person.⁷ From this basis, Justice La Forest made several observations relevant to institutional arrangements and processes.

1. Parliament and the legislatures under the *Constitution Act, 1867* fix the salary of a judge, and until now this has been considered adequate protection of judicial independence in matters of compensation.
2. There is no constitutional bar to judges discussing their compensation needs directly with the government.
 - "The government" within the constitutional requirement that salaries be established by statute determines the exact compensation of judges. There is no requirement to discuss, consult or negotiate salaries with judges or judges' associations.
 - "The atmosphere of negotiation the Chief Justice describes, which fosters expectations of 'give and take' and encourages 'subtle accommodations', does not therefore apply to salary discussions between government and the judiciary. The danger that is alleged to arise from such discussions—that judges will barter their independence for financial gain—is thus illusory."⁷
3. "Section 11(d) [of the *Charter*] does not empower this or any other court to compel governments to enact "model" legislation



affording the utmost protection to judicial independence. This is the task of the legislature, not the courts.⁸

4. The requirement to refer the matter to a commission “represents a triumph of form over substance”⁹ in circumstances where the government decides to alter judicial salaries as part of an across the board economic measure applied to all holders of public office—a circumstance characterized by the decision “... as *prima facie* rational”.¹⁰
5. Contrary to the majority decision, a reasonable, informed person “... would not view the linking of judges salaries to those of civil servants as compromising judicial independence.”¹¹

Some Federal Background

The judgement affects all courts in Canada, although it is written on the basis of references and appeals arising from judgements at the provincial court level. The relevant parties not having been before the Court, no mention is made of the impact of the decision on federal arrangements for settling judicial compensation, including that of the justices of the Supreme Court. Nor is it acknowledged that the decision bears directly on the salary base of all Section 96 judges.

The history of federal institutional arrangements is germane to understanding the full import of this decision. Beginning in 1974, the federal government had appointed *ad hoc* committees to review and provide advice on judicial compensation.¹² In 1983, the first of a series of commissions was appointed pursuant to amendments to the *Judges Act*, which made provision for such a review body to be appointed every three years.¹³

Triennial commissions reported in 1983, 1987, 1990, 1993 and 1996.¹⁴ Each was established on a temporary basis and until latterly was required to report within six months. There is no statutory requirement for the government to respond to the recommendations of the commissions. Tardy, incomplete, inadequate and absent responses led successive commissions to complain and recommend that the government

be forced to respond, and various ingenious proposals were made to force the government to implement commission recommendations.

The judicial community apparently considers the commissions to have been inadequate in protecting their pecuniary interests. It is interesting, however, that dating from the first, informal advisory committees in the 1970s, explicitly or implicitly successive recommendations sought to establish a benchmark that would provide superior court judges with salaries roughly equivalent to the mid-range of a DM 3 which is the most senior federal level for a deputy minister.¹⁶ And the benchmark has generally been respected, despite the complaints of successive commissions about inadequate responses to their reports. Of course, the freeze on salaries affected all public office holders, so that the inadequacy of the pay of a deputy minister today is reflected in the pay of a superior court judge.

The Canadian Judicial Council and the Canadian Conference of Judges are on record opposing the benchmark. The last triennial commission preferred a comparison with the compensation of members of the bar in private practice.¹⁷ The Court may have been making an elliptical reference to its preferences with its conclusion that judicial independence "... can be threatened by measures which treat judges either differently from, or identically to, other persons paid from the public purse."¹⁷ Justice La Forest disagreed, stating that a reasonable, informed person "... would not view the linking of judges salaries to those of civil servants as compromising judicial independence."¹⁸

The Supreme Court judgement takes on certain coloration when seen in the light of federal experience with the triennial commissions and the consequences of the six-year long freeze on federal salaries.

It is also worth noting that had governments not been faced with the urgent need to reduce deficits in the 1980s, wage restraint would not have occurred and these cases would not have arisen. Given the emphasis in the decision on the "simple rationality" of across-the-board compensation measures, it is to be wondered why now is the time to create a constitutional requirement to set up an institution to give some weight to revisions in judicial compensation. In the perspective of a reasonably informed person, the answer lies in the frustration of federally appointed



judges with the allegedly tardy and dismissive attitude of successive governments to the recommendations of the triennial commissions—and more particularly the effect of the wage freeze on their overall compensation.

The Institutional Implications

The Supreme Court has stipulated that commissions must be created and it has set out criteria to guide several important aspects of the commission process: the method of appointment to the commission; the need to consult prior to changing judicial compensation; and the disposition of its recommendations.

There is a striking difference in language between the reasoning of Chief Justice Lamer and that of Justice La Forest. The Chief Justice refers throughout to the “three branches” of government. It is, of course, the case that judicial salaries are set by Parliament, but of course Parliament means the Crown in Parliament, which in the context of responsible government, means the executive acting with the support of a majority in the House of Commons and the Senate.

The decision of the Court appears to attach a good deal of importance to the separation of powers. There is no doubt that the Queen in Her Courts is separate and distinct from the other branches of government. It is, however, a mistake to differentiate between the powers of the executive and the legislature. They are, in Bagehot’s phrase, fused in such a way that it is wrong to speak of them in the context of the separation of powers.¹⁹

This is not a mere quibble about the nicer points of responsible government. The Court has imported republican principles of separation of powers, and its thinking on these lines leads it to detailed conclusions about institutional change, particularly in respect of appointments to commissions dealing with judicial compensation.

Appointments

The Court has said “... appointments [should] not be entirely controlled by any one of the branches of government. The commission should have members appointed by the judiciary, on the one hand, and

the legislature and the executive, on the other.”³⁴ Thus it wants each commission to have a person selected by each of the judiciary, the legislature and the executive.

In order for the legislature to appoint a person to a commission, a resolution of the House of Commons and the Senate or of a committee or committees of that body or the relevant legislature would be required in most circumstances. By definition, such a resolution can only pass if a majority of members support it, and for that to occur the resolution needs to be supported by the government. There can, therefore, be no truly independent expression of the will of the legislature that leads to executive action and the expenditure of public monies. This is not surprising in view of the fusion of the executive and the legislature in our system of responsible government.

It is also worth noting that persons who exercise the powers conferred by Parliament are appointed to office by the Queen, the Governor General, the Governor-in-Council, individual ministers, and the Public Service Commission—or their delegates. In addition, responsible government requires that public expenditures be made on the basis of a Royal Recommendation, which can only be proposed to the Governor General by the Cabinet or the Prime Minister on behalf of the Cabinet. All of which reinforces the point that the legislature cannot act independently of the executive in assigning, or handling the exercise of, the powers of the state.

Finding a way to implement this part of the decision will strain the powers of alchemy of creative government organization, although fortunately the Court has referred favourably to models that do not fit its prescription but which may be more workable.³⁵ Perhaps it could be sent to a Parliamentary committee to propose someone for appointment by the Government. Perhaps the Speaker could be mandated to select someone. Whatever route is chosen, an appointment by the legislature will require the support of the Government.

The decision is also deficient in its apparent assumption that direct involvement of the legislature in the process of selecting persons to sit on commissions will contribute to “de-politicizing” the process.

Prior Consultation

The decision states that "Any changes to or freezes in judicial remuneration made without prior recourse to the independent body are unconstitutional"²².

There are several implications to this pronouncement. Most obviously, commissions are going to have to be appointed on a permanent basis, so that even if not actively considering judicial compensation, its members may be called upon to be consulted prior to a change, such as occurred in 1992 and 1995 when the federal government decided on across-the-board freezes for all office holders.

In the case of across-the-board measures, the commissions will have to be consulted before budgets are tabled. Both recent federal freezes were announced as part of the government's budgetary measures. This raises some important questions about budgetary secrecy. It also raises a practical problem because such measures are held so closely that few beyond the confines of the Finance Department are aware of what is proposed until the budget is brought down. The possibility is high that the Minister of Justice, for example, will not be involved in decisions on system-wide budgetary measures.

The decision not only requires that the commission be consulted, but that it review the proposed measure and report to the government concerned. It remains to be seen how the Minister of Finance and Finance and Privy Council Office budget planners will treat this requirement. A possible approach would be to announce across-the-board measures but indicate that the effect on judges would be suspended pending a review and report from the commission. The purpose of such a review would be to determine if the government's decision met the test of "simple rationality". This may not be more appetizing for judges than for the government, and certainly creates a perception of special treatment.

Simple Rationality

The decision declares that "The recommendations of the independent body are non-binding. However, if the executive or legislature chooses to depart from those recommendations, it has to justify its

decision according to a standard of simple rationality—if need be, in a court of law.”²³ The intent of this part of the decision is to prevent future governments from simply ignoring commission recommendations.

As noted, this element of the decision addresses the frustration of federally-appointed judges over the fate of the reports of the triennial commissions and the effects of the 1992 and 1995 compensation freezes. On its face, the measure is sensible. Note, however, that successive governments have been extremely reluctant to respond swiftly or fully to commission recommendations. To some degree this is simply the embarrassment factor of having to say No, or Yes in a structured, public way.

The Supreme Court decision makes much of the inherently political nature of government and the need to ensure judges do not contaminate themselves by entering into what it terms “salary negotiations” with the government. The judges are right, of course, about the political nature of the democratic process and its practitioners in government. They would, however, have been well advised to consider that one of the reasons for tardiness in dealing with commission reports has been finding ways to deal with adverse public reaction to salary increases in the public sector, judges included. The Court may have reflected on this in noting that decisions based on “simple rationality” could be the subject of judicial review. They may not, however, have weighed adequately the role of government in protecting judges from public outrage if the practical effect of this is that judges will determine for themselves how much they should be paid from the public purse.

Swift public responses from government are more likely to be parsimonious than generous. Indeed, if the public is forced to think about judicial salaries as a result of formal parliamentary responses to commission reports, the rule of thumb that Section 96 judges should be paid at the same level as senior federal deputy ministers may prove more difficult to justify, still less exceed, than some may think. At any given time, there are usually no more than 5 to 10 senior deputy ministers in Ottawa. They are the Secretary to the Cabinet, the Deputy Minister of Finance, the Secretary to the Treasury Board, the Deputy Minister of



Foreign Affairs and a few other line deputies paid at the DM-3 level in recognition of long, senior service.

If deputy ministers' salaries are eventually adjusted upwards to restore comparability with pre-freeze levels and private sector differentials, it may be that paying the same salary (or greater for chiefs and Supreme Court members) to some 1,000 federally-appointed judges will be difficult to defend. It will undoubtedly be more difficult for ministers if their feet are publicly held to the fire by forcing the government to produce a high profile, comprehensive and timely response to commission recommendations.

Other Implications

The decision also requires that commissions be provided with access to expert advice on relative compensation. This is eminently sensible. It will not be implemented cheaply. Compensation is a highly complex area and getting accurate, relevant and properly interpreted data is expensive and contentious. Governments across Canada are working up Bills, and in some cases have tabled legislation to respond to the decision. Commissions will have to have some form of continuing secretariat, and no doubt it will be argued that their impartiality requires that they not be located inside ministries of justice or attorneys general departments. All of this will be costly and duplicative. There is, therefore, a good case for establishing some sort of central repository of expertise on which all the commissions could draw from time to time. It would be better, although unrealistic in Canada, to have some sort of common administrative structure to support commissions as they go about their work.

Conclusions and Observations

The Supreme Court has directed governments to exercise their powers over machinery of government to establish a mechanism to provide authoritative advice on judicial compensation. It appears to think that such mechanisms will come as close as the Constitution permits to directing decisions on these matters.

The machinery prescribed reflects a less than complete understanding of the relationship between the executive and parliament, and is based on a view that current arrangements do not provide an adequate perception of judicial independence as seen by a reasonable, informed observer.

The process prescribed potentially interferences with budget making, and may not be workable given the timeframes and secrecy surrounding budgets. It also has the effect of forcing the government to deal in a public and expeditious way with issues that may be politically difficult, and in the interests of judges better left to the somewhat indirect methods often preferred by ministers.

The decision carries with it significant costs to the public purse, which could be mitigated if the federal and provincial governments were willing to pool resources.

The consequences of implementing the decision risk drawing the judiciary into the public spotlight in ways the Supreme Court would doubtless find regrettable. Judges are officials of the state. It is not for them to decide how much they should be paid. This is the duty of the duly elected government, and judges should be thankful that it is the government and not they who are accountable to the public for their compensation. The decision is naive in these matters. The admirable objective of protecting judicial independence is more likely to be undermined as this decision is implemented in the way prescribed by the Supreme Court of Canada.

The decision is, moreover, a clear instance of the courts invading the realm of government, prescribing detailed legislation and supporting changes to the machinery of government. Given that the substance of what is definitively and constitutionally laid down by the Court bears directly on the personal benefits of all judges including those of the Supreme Court, the decision appears more than mildly inappropriate. The fact that it may produce unintended and perverse consequences of the sort described in this paper, casts doubt on the wisdom of the Supreme Court. Justice La Forest warned his colleagues of this, so the final word should be his:



I am, therefore, deeply concerned that the Court is entering into a debate on this issue without the benefit of substantial argument. I am all the more troubled since the question involves the proper relationship between the political branches of government and the judicial branch, an issue on which judges can hardly be seen to be indifferent, especially as it concerns their own remuneration. In such circumstances, it is absolutely critical for the Court to tread carefully and avoid making far-reaching conclusions that are not necessary to decide the case before it.²⁴

¹ *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (hereinafter, *Provincial Court Judges case*).

² Section 11(d) reads as follows: "Any person charged with an offence has the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal."

³ *Provincial Court Judges case*, *supra* note 1 at 108.

⁴ *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3.

⁵ *Provincial Court Judges case*, *supra* note 1 at 178 and 182–183.

⁶ *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

⁷ *Provincial Court Judges case*, *supra* note 1 at 198–199.

⁸ *Ibid.* at 190.

⁹ *Ibid.* at 195.

¹⁰ *Ibid.* at 111.

¹¹ *Ibid.* at 194.

¹² There were three such committees chaired respectively by Emmett Hall in 1974, Irwin Dorfman in 1978, and Jean de Grandpré in 1981.

¹³ The provision is contained in Section 26 of the *Judges Act*, R.S.C. 1985, c. J-1 and reads as follows:

26(1) Within six months after April 1, 1986 and within six months after April 1 in every third year thereafter, the Minister of Justice of Canada shall appoint not fewer than three and not more than five commissioners to

inquire into the adequacy of the salaries and other amounts payable under this Act and into the adequacy of judges' benefits generally.

26(2) Within twelve months after being appointed, the commissioners shall submit a report to the Minister of Justice, containing such recommendations as they consider appropriate, and the Minister shall cause the report to be laid before Parliament not later than the tenth sitting day of Parliament after the Minister receives it.

¹⁴ The triennial commissions were chaired respectively by Otto Lang in 1983, Donald Guthrie in 1987, Jacques Courtois in 1990, Purdy Crawford in 1993, and David Scott in 1996.

¹⁵ Puisne judges of superior courts are paid \$159,000 and the mid-point of the DM-3 salary range is \$155,300.

¹⁶ See: *Report and Recommendations of the 1995 Commission on Judges Salaries and Benefits* (Scott Commission) (Ottawa: Ministry of Supply and Services Canada, 1996) p. 14.

¹⁷ *Provincial Court Judges case*, *supra* note 1 at 99.

¹⁸ *Ibid.* at 194.

¹⁹ "The efficient secret of the English Constitution may be described as the close union, the nearly complete fusion, of the executive and legislative powers." See Walter Bagehot, *The English Constitution* (London: Oxford University Press, 1958), first published 1867, p. 9.

²⁰ *Provincial Court Judges case*, *supra* note 1 at 105.

²¹ *Ibid.* at 105. "The exact mechanism is for provincial governments to determine. Likewise, the nominees of the executive and the legislature may be chosen by the Lieutenant Governor in Council, although appointments by the Attorney General as in British Colombia (*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 7.1(2)), or conceivably by the legislature itself, are entirely permissible."

²² *Ibid.* at 106.

²³ *Ibid.* at 158.

²⁴ *Ibid.* at 175.

Interdependence, not Independence: Institutional and Administrative Dimensions of Judicial Independence

Richard Simeon

The Manner of establishing it, with Powers neither too extensive, nor too limited; rendering it properly independent yet properly amenable, involved Questions of no little intricacy.

John Jay, first US Chief Justice¹

Judicial independence is not a talismanic slogan to be invoked every time [government] performs its constitutional duty to oversee and regulate the federal courts.

American Bar Association²

My assignment is to explore issues of institutional design to give effect to a workable conception of judicial independence. This requires that we ask how are the courts to be governed? What is the appropriate relationship between the courts on one hand, and legislatures and executives on the other? How do we strike the right balance between the essential elements of judicial independence, and the need to create an integrated, effective criminal justice system that inevitably and necessarily must involve all the elements of our political system?

The approach I bring to this task is that of a political scientist, concerned with governance and public administration. It is not my intent to parse the constitution for guidance on how to define and manage the relationship. Indeed, beyond the core concepts of security of tenure and financial security that are so thoroughly canvassed in the recent judgments, I do not think the constitution is much help to us here. My approach will be more functional, or policy oriented. Moreover, I will focus not on the decisional independence of judges with respect to



individual cases being considered in the courtroom, but on their institutional and administrative independence.

Once we shift from decisional independence to institutional independence, the whole concept of judicial independence becomes much murkier. Administrative independence is defined in the *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (hereinafter the *Provincial Court Judges* case) as “control by the courts over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function.”³ The principle may be clear, but its application certainly is not. Virtually all decisions with respect to budgets, staffing, facilities, and the like have implications for how judges do their work, and the resources that are available to them.

How far then should one take the idea of institutional and administrative independence? When does that essential concept trump the equally central concepts of democratic accountability and policy-making, exercised through the legislature, and administrative efficiency and effectiveness, exercised by the executive?

I argue that no clear line can be drawn. Therefore, I want to stress not the **autonomy** of the courts and the judiciary, but rather the **interdependence** between the courts and the other branches of government.⁴ The doctrine of separation of powers is often invoked to justify the institutional independence of the judiciary. But sometimes forgotten is the other core principle of the U.S. constitution, checks and balances. The American constitutional design does not envision the three branches as existing in splendid isolation from each other. Rather, tyranny is to be avoided by having each branch check and balance each other—in other words to be interdependent. The relationship among them is indeed “indelibly political.” A blend, as a U.S. judge puts it, of “separateness, but interdependence, autonomy, but reciprocity.”⁵ “At any time there is a dialogue, or negotiation with the other branches about ... budget, jurisdiction, size, procedures, administration.”

Thus I find myself to be unsympathetic to Chief Justice Lamer’s strong emphasis on depoliticizing the relationship between governments and the judiciary—building firewalls between them. I think it is somewhat unrealistic and unsustainable. He suggests it is illegitimate



for judges and governments to negotiate with each other: I cannot imagine why the effective administration of justice does not require them to.

Nor do I believe it is possible for the courts to be “a place apart.” Courts and governments interact with each other, or exercise mutual influence, in a myriad of ways, and this in the broad sense of the word is, and should be, political. Nor do I believe that the default position should always favor independence, with the burden of proof falling on the intervenor. Judicial independence too must be justified and defended. Again, the hard questions about which is to win out lie at the intersection of courts and the wider political/administrative process.

This interaction between the courts and the other branches is, of course, long-standing. Indeed, it appears that the idea of institutional and administrative judicial independence is relatively new, at least in the American context, and that it has little grounding in the constitution itself.

It also takes many forms, constitutional, statutory and administrative. Appointment procedures determine what kinds of people will be judges. Criminal code provisions will affect the scope of judicial discretion, both in the way it defines offences and in the rules with respect to sentencing. Other legislation will shape the judicial workload. While budgets will determine the facilities and resources judges have to manage it. Administrative rules with respect to staffing, scheduling, case management and the like shape the working environment. Even in countries like the United States and Australia, where courts enjoy a high level of institutional and administrative autonomy or self-management, the range of external pressures and influences is very wide.⁶

And this legislative and executive—and, by extension, public—intervention in the structure and work of the courts takes place for very good reasons. Some are democratic. Not only in the sense that citizens expect accountability and transparency in the work of public institutions but also in the more profound sense that the judiciary are society’s agents in the definition and enforcement of public norms and values. Some are more functional or practical. It must be remembered that the courts are just one—albeit the pivotal—link in a long chain that constitutes the



justice system—from writing the laws, to policing and enforcement, to judging, to sentencing and enforcement of remedies. No link in this chain can be severed from the others. Governments, while delegating the judicial function to a highly specialized, and independent, institution in the form of the courts are responsible for the overall functioning of the whole system. And while judges are rightly treated differently from other public employees by virtue of their security of tenure and financial security, they are indubitably “public servants.”

A wide variety of factors have in recent years sharpened the tension between autonomy and interdependence, making the search for more effective means of court governance more vital, and more difficult. Again, in various forms, these tensions have arisen not only here in Canada, but also in most other countries.

Let us mention a few of these forces.

On the “democratic” side of the equation there is the ‘judicialization of politics’ which has also occurred everywhere, but which has had especially dramatic impact in Canada as a result of the Charter. To the extent that judges are, and are seen to be, cast into the role of lawmakers and policy-makers, then inevitably the decisions they make and how they make them, become a matter for greater public debate and discussion. There is a paradox here: the more judges take on this role, the more judges will seek to underline their independence in order to distinguish themselves and their mode of decision-making from other political actors; but the more citizens and groups are likely to see them as just another set of political decision-makers, who should be subject to the same constraints as other decision-makers.

In addition, there is the wide range of other public concerns—with crime and punishment, with costs, delays and the like. Faced with these issues, the first inclination of the public is to turn to legislatures and executives and demand their intervention. The more resistant courts appear to be to these concerns, the more justification there is for increased managerial control by governments. As Judge White of Saskatchewan has observed: “whatever the constitutional niceties of the concept of Judicial Independence, the media and the public interest demand accountability.”⁷ Courts are not immune from the “decline of

deference" that leads citizens to be more critical and demanding of all governing institutions, including the courts.⁸ This phenomenon is common to most modern industrial societies. As the Chief Justice of the Federal Court of Australia puts it, a changing society has led to "scrutiny, public discussion and at times criticism to a far greater extent than was generally the case in the past."⁹

On the side of efficiency and effectiveness, there are also many concerns. Most pressing in recent years has been the impact on the courts of the broader need for governments to control costs and reduce expenditures. Despite coming victories over the deficit, these purely financial pressures are not likely to go away. Nor are they likely to show up simply in overall caps on courts' budgets. The search for cost savings is taking governments more deeply into internal administration, in such areas as staffing and efficient use of facilities. It has also led governments to be more aggressive in pressuring courts to engage in more "modern" management techniques, such as performance evaluation, and to adopt the latest advances in information technology. And all this at a time when increasing judicial review of executive actions "has blown the wind of legal orthodoxy through the silent corridors of the bureaucracy, ensuring that powers whose exercise is apt to affect individual interests are constrained by requirements of procedural fairness."¹⁰

The implication of this analysis is that there is a wide range of stakeholders affected by and interested in court administration. Each brings a different set of perspectives and concerns to the debate. The public is likely to be most concerned with outcomes—both substantively and procedurally in terms of delays and the like. It is also concerned with costs—not in the sense of costs to the system, but of the costs to be borne by defendants and litigants. Legislators, in general, will respond to public concerns.

Executives and bureaucrats are likely to bring to the table a preeminent concern with costs and efficiency. This will include a strong emphasis on resource allocation and utilization, on effective management, and on the adoption of information technology. Judges may rightly fear that the principles of the rule of law and judicial independence will not



necessarily be foremost in the minds of bureaucrats charged with managing the court system.

Judges, of course, will be primarily concerned with those issues, and with ensuring judicial control over resources, staff, and facilities. The bureaucrats may rightly fear that judges are not predisposed to worry first about costs, efficiency, or effective personnel management. Indeed bureaucrats may be correct, at least in part, if they believe that the judiciary is self-serving, resistant to change, and suspicious of new technologies and new fangled management.

If each of these groups has a legitimate stake in, and responsibility for the health of the judicial system, and if the watchword is, as I have suggested, interdependence, then what might some of the possible models for interaction be? I have neither the knowledge nor the time to set out any ideal model here. Valuable suggestions have been made by a number of observers, most recently and helpfully by Martin Friedland in his study for the Canadian Judicial Council, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*.¹¹

It is however helpful to think of the possible relationships along a continuum. At one pole is autonomy and self-management: the courts should run themselves. "Splendid Isolation," we might call it. At the other pole is public management. Judges judge: the setting in which they do this is established and managed by the government. In the middle are various forms of co-management, which can be tilted either towards or away from judicial power and autonomy.

Autonomous self-management appears generally to be the case in most jurisdictions in the United States, and Australia has been moving away from the traditional responsibility of the Attorney General to a "judicially autonomous" system, or "self-administration."¹² It has been advocated most forcefully in Canada by Chief Justice Jules Deschênes in his report *Masters in Their Own House: A Study on the Independent Judicial Administration of the Courts*.¹³

In order for individual judges to be independent, he argued, the judiciary needs institutional independence. "Faced with the increasingly pervasive presence of the state, the judiciary must also enjoy collective independence, for a general administrative decision can affect the

judge's independent performance of his duties every bit as much as individual contact." For the greater good of our society the time has come when members of the judiciary must at last find themselves masters in their own house.¹⁴

The required degree of institutional independence should be enshrined in the constitution.

Progress towards this goal should begin with greater consultation between government and the judiciary, followed by co-decision-making, and eventually leading to the "bright sun of independence." Courts would be governed by a Council, made up of a majority of judges, which would neither be appointed by the cabinet, nor include Ministers or officials of the government. The senior court administrator would be appointed by and responsible to the Council.

There are powerful arguments for such a position. There is potential conflict of interest inherent in the fact that the chief litigator before the courts is also responsible for managing them; and there are tensions between when court management and support staff serve two masters. It may be inherently undesirable that an institution with one set of responsibilities is largely managed by another, with a different set of perspectives and interests.

Yet, as I have suggested, it is neither possible nor desirable to wall off the courts so thoroughly. Courts, as I have argued are inherently part of the public sector and one link in the larger chain of the justice system. It is the government, not the courts that is responsible for the whole judicial system, as well as for public management and finances generally. It is the government that is responsible before the legislature and the voters for the overall functioning of the system.

Moreover, there is much to be said for the principle of letting judges judge. There is no reason to expect judges to have particular aptitude, interest or competence in managing the large, complex and costly administrative systems that courts have now become. The more the courts are responsible for their own administration, the more energy, resources, and judicial time would have to be devoted to administration, and the less would be available for the key, central task that judges perform.



Indeed, the more courts become institutionally independent, the more obligation there will be on them to develop their own mechanisms for openness, responsiveness, transparency and accountability to the legislature and the public.¹⁵ This would be a considerable task that judges might be unwilling or unable to perform.

The alternative pole of leaving virtually all aspects of management of the judiciary to the Ministries of the Attorney General is equally unacceptable. The cases, which led to this conference, are only the tip of the iceberg in terms of dissatisfaction from all sides with the status quo.

Solutions therefore must lie in the middle ground. Again, there are various possibilities. One would simply be to develop a more cooperative relationships in which dialogue might help ease tensions. Greater mutual regard and cooperation, in itself is no guarantee of more coherent, effective administration. As Miller and Baar suggest, it can lead to "a mutual reluctance to tread in the no-man's-land between the ill-defined borders separating executive and judicial authority," and thus retard "initiative, reform, and modernization of court administration."¹⁶ Martin Friedland adds that judges may be reluctant to innovate, saying it is the job of the government; while government is reluctant to step on the toes of the judiciary.¹⁷ Moreover, informal cooperation of this sort, behind closed doors, may threaten the perception of judicial independence.

A second approach might be to engage in a clarification of the division of responsibility between courts and governments. This would entail the ability to delineate those aspects of judicial administration, which are essential to judges' decisional independence; and those aspects about which a larger public interest should prevail. I do not believe it is possible to divide responsibilities so neatly.

Hence the desirability of a third approach—co-management. This would recognize the inherent interdependence of the two branches, and the impossibility of separating them. It would also recognize, as Martin Friedland notes, the need for global coordination of the judiciary as a whole.

Thus Friedland proposes establishment of a Board of Judicial management, somewhat akin to a University Board of Directors, represent-

ing the Chief Justices of the three levels of courts, other judges, representatives of the bar, and some lay persons. The chair would not be a judge, and lay members would constitute a small majority. The board would appoint the chief manager, or administrator.

Several other variants on this idea have been published. Deschenes' Judicial Council would have judges in the majority, and not be appointed by government. It would submit a budget directly to the legislature. Judge Thomas Zuber, of the Ontario Court of Appeal in his 1987 *Report of the Ontario Courts Inquiry* called for an Ontario Courts Management Committee, Chaired by the Chief Justice and in this case including three officials of the Attorney's General department.¹⁸ The American Bar Association has recommended a permanent National Commission on the Federal Courts, representing all three branches, and developing proposals for Congress on "practice, procedure, administration, and the like; and evaluating legislative proposals affecting the courts."¹⁹ South Africa has established a broadly representative Judicial Services Commission,²⁰ which is to advise the national government "on any matter relating to the judiciary or the administration of justice."²¹

It is this sort of option that I believe we need to explore. It recognizes, rather than denies interdependence. It recognizes the ambiguity of the precise dividing line between governmental responsibility and judicial independence, and builds in into the process. It concentrates administrative responsibility in one place. The membership structure can recognize the inherent variety of stakeholders in the judicial system. It minimizes the possibility of Ministry and Courts working at cross purposes. Through its procedures and reporting relationships, transparency and accountability can be assured. It can be designed to reflect the broad range of factors essential to the system of justice as a whole.

Friedland quotes Hugh Arnold, a management specialist in support of his proposal:

If we want to encourage greater levels of responsibility throughout the organization, the real challenge ... is how we find ways of effectively sharing resources, of working collaboratively and of dealing with ambiguity. The manager who insists that he or she must have total control of all resources necessary to carry out his or her responsibilities is, in my experience at least,



experience at least, an individual who is unlikely to be successful in the more fluid, more flexible, more rapidly changing organizations that exist today.²²

Like it or not, the justice system is such an organization. As the American bar Association says in its recent report on Judicial Independence, the challenge for government is oversight without micromanagement; and the judiciary should recognize that not every disagreement is a threat to judicial interdependence, nor every inquiry into how it spends money a hostile act.²³

¹ Quoted in L. Ralph Mecham, "Introduction: Mercer Law Review Symposium on Federal Judicial Independence" (1995) 46 Mercer Law Review 637 at 637.

² *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence: Findings, Conclusions and Recommendations*, 1997, at 5.

³ [1997] 3 S.C.R. 3 at 81.

⁴ As the present Chief Justice of the United States puts it, Congress and the courts are "two branches" which are "constitutionally separate, but whose on-going functioning is steeped in interdependence." See Mecham, *supra* note 1 at 638.

⁵ Quoted in Martin H. Redish, "Federal Judicial Independence: Constitutional and Political Perspectives" (1995) 46 Mercer Law Journal 697.

⁶ *Ibid.*, *passim*.

⁷ Judge Timothy White, Provincial Court in Saskatchewan, "Responsible Governance: The Implications of Judicial Independence for Policy and Practice in the Provincial Courts in Canada" <http://www.acjnet.org/capcj/white.html>, p. 4.

⁸ See Neil Nevitte, *The Decline of Deference: Canadian Values in Cross-national Perspective* (Peterborough: Broadview Press, 1996).

⁹ Chief Justice M. E. J. Black, Chief Justice, Federal Court of Australia, and "The State of the Courts in Australia", First Worldwide Common Law Judiciary Conference, Document 5. <http://www.primenet.com/~jldc/1stWorldwide/doc5.html>, p. 1.

- ¹⁰ The Hon. Sir Gerald Brennan, Chief Justice of Australia, "Opening Remarks: Judicial Independence", The Australian Judicial Conference, Canberra, Australia, November 2, 1996. <http://www.anu.edu.au/law/dev/law-reform/jca/brennan.html>.
- ¹¹ M.L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995).
- ¹² See Black, *supra* note 9 at 3-4.
- ¹³ J. Deschênes, *Masters in their Own House: a Study of Judicial Administration of the Courts* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1981).
- ¹⁴ *Ibid.* at 11.
- ¹⁵ Gordon Bermant and Russell R. Wheeler call this "within Branch accountability." See G. Bermant and R.R. Wheeler, "Federal Judges and the Judicial Branch: Their Independence and Accountability" (1995) 46 Mercer Law Journal 835 at 835.
- ¹⁶ See Perry S. Millar and Carl Baar, *Judicial Administration in Canada* (Kingston: McGill-Queen's University Press, 1981).
- ¹⁷ Friedland, *supra* note 11 at 221.
- ¹⁸ *Report of the Ontario Courts Inquiry* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987).
- ¹⁹ *An Independent Judiciary: Report of the Commission on Separation of Powers and Judicial Independence: Executive Summary*, 1997, at 1.
- ²⁰ It is made up of the Chief Justice, the President of the Constitutional Court, one other judge, the cabinet member responsible for the administration of justice, four practicing lawyers, six members of the National Assembly (of whom three must be members of opposition parties), four permanent delegates of the National Council of the Provinces, and four others named by the president after consultation with opposition party leaders.
- ²¹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996. s. 178.
- ²² Quoted in Friedland, *supra* note 11 at 29.
- ²³ *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence*, 1997, at 2.

Judicial Independence in the Context of Interdependence

Trudy Govier

In any complex modern society there are multiple levels of interdependence between people both as individuals and with respect to social or professional roles they may occupy. Because competent and well-motivated performance within most of these roles is normal most of the time, we tend to trust implicitly that others will do their part. We assume without thinking very much about it that people will serve the roles that they occupy and will act competently and with integrity. As sociologists have said, trust in this sense is “the glue of society”.¹ However, the fact that trust plays this fundamental role in a modern society such as Canada’s tends to be insufficiently appreciated because we tend to be unaware of this trust until it is disturbed. As a consequence, we tend to under-estimate trustworthiness, reliability, and interdependence and over-estimate negative phenomena—the cases when trust breaks down.

In a democracy such as Canada, the independence of the judiciary is of fundamental importance and is a necessary condition of the rule of law. Yet, while the judiciary must be independent of the executive in the sense of having administrative autonomy, security of tenure, and financial security, it is nevertheless also true of members of the judiciary that they stand in relations of interdependence with other branches of government, and therefore must rely on them. The reliance is mutual and requires some degree of trust.

The need for trust, and its virtual ubiquity in a complex society, may be illustrated by the example of flying. Boarding an airplane, we must implicitly trust in the competent and appropriate behaviour of the pilot, co-pilot, flight personnel, ground crew, mechanics, traffic controllers, airport security personnel, pilots of other planes in the area, and even



our fellow passengers. Yet many of us board plans comfortably, having done so many times without significant mishap. When we do so, we presume that dozens, if not hundreds, of people have done their jobs competently and honestly; we have, without noticing it, implicitly trusted them to do so. It is this sort of trust that underlies the functioning of many modern institutions. Ironically, perhaps our trust is so undisturbed, it is implicit and we do not notice it. What we notice instead are such things as delays, quarrels, conflicts, lawsuits, lying, promise-breaking, corruption, exploitation, and manipulation. This differential attention, resulting from the fact that workable trust is typically unobserved while broken trust is highly conspicuous and disturbing, produces a negative bias in our outlook on the world. It gives us a picture of human nature and human society that under-estimates reliability, trustworthiness, and interdependence. We may become overly preoccupied with protecting ourselves against each other, failing to understand how much, and how effectively, we depend on each other.

Trust is a fundamental aspect of human relationships, whether these be personal, social, institutional, or political. We often hear mention of trust, and yet people seldom stop to define it. What is trust? To trust another person is to expect that he or she will live up to our expectations because he or she is competent and well-motivated. When we trust, we are vulnerable, dependent on the other, and risk being harmed should he or she not act appropriately. Trusting, we accept that risk because of our beliefs and expectations about the other. To trust someone to judge a case fairly is to expect that he or she is competent to assess the submitted facts and apply the relevant laws, and that he or she is impartial and motivated to make a reasonable and fair decision. Trust in collectives and institutions may be defined in a closely parallel way.

To speak of **public confidence** in the judiciary is, in effect, to imply that most members of the public trust the judiciary, assuming that its members will act with integrity and competence. A central aspect of that confidence is the belief that judges are impartial and not open to pressure from the legislative and executive branches of government. In the context of judicial remuneration, the recent Supreme Court requirement of commissions to make recommendations on salaries is

intended to ensure that the judiciary is not in a position where it must, or will be tempted to, negotiate with governments on salary matters, and to ensure that salaries for judges will be commensurate with their status in society and their need to be, and be perceived to be, immune from any attempt that might be made to influence their decisions. For the Canadian public to have confidence in the judiciary and in the rule of law requires that they regard the judiciary as competent, well-motivated, impartial, and independent in the sense that judges are not affected, in their decisions on cases, by the interventions of the executive or legislative branches of government.

In traditional village societies trust is based on personal acquaintance and knowledge. By contrast, life in complex modern societies requires trust in people who are near or complete strangers. A study of shopping illustrates the contrast. In a village society, people buy products from others whom they know personally, and they have confidence in the products and the prices because of this personal knowledge and experience. In modern societies, we must interact regularly with strangers, and we also conduct many transactions in which the reliability of people whom we never even see is presupposed—as is indicated by the example of flying in an airplane. When Canadian consumers buy products such as meat and vegetables from large stores such as Safeway or IGA, they are in effect placing their trust on persons whom they do not know personally and also on the workability and reliability of institutions—including, in this case, government inspection agencies.² In modern societies such as Canada, much of our trust is grounded on roles and institutions. Among these, the judiciary, executive and legislative institutions of government are of paramount importance.

We interact with institutions frequently in a modern society. Not only do we encounter them explicitly (as when submitting a tax return to Revenue Canada) or implicitly (as when buying meat that has been packaged and transported under government regulation), most of us conduct our occupations within an institutional framework. Thus we are related to institutions not only as consumers or users but also as agents, as those whose activities within a given occupational role help to make the institution what it is.



A person's ability to act within a given role is dependent on the trustworthy and effective actions of others within other roles. For example, a public teacher cannot perform her job satisfactorily without parents bringing up children equipped to attend school, students willing to learn, a principal to administer the school, and school board and government to set broader policy and allocate funds. *No one does a good job, or achieves anything, all by himself or herself.* And this applies to members of the judiciary and to the civil service as much as it does to anyone else. As a constitutional matter, judicial independence refers to the need for judges to be free of legislative and executive interference. But the importance of judicial independence in this sense should not be taken to imply that judges are in all senses independent.³

Interdependence as well as independence characterize the judicial role. If legislators did not pass laws and allocate funds, professors did not train law students, police did not arrest suspected offenders, and civil servants did not administer the relevant government departments and maintain the buildings which house the courts, the judiciary could not function as it does. These roles of legislator, professor, student, police, and civil servant—and, accordingly, the people in them—are interdependent. They work as they do because they work together. The effective functioning of the system, and public confidence in it, presupposes that people serving these functions can characteristically count on each other to do their jobs competently and with integrity, and trust each other enough to work cooperatively and effectively together. If disputes about remuneration or other matters were to become aggravated to the point where this interdependent functioning were jeopardized, the matter would be very serious. The judiciary is not contained in a sealed-off cell; for it to be so would not be possible even if it were desirable.⁴ We must reflect on the independence of the judiciary, because the issue of judicial remuneration, which is an aspect of that independence, has become controversial and is the focus of the Supreme Court decision which is under discussion here. And yet this **independence** must be understood as within the context of the **interdependence** between judicial institutions and many others.

This emphasis on workable interdependence and the frequency with which we do, and can, count on other people to exercise their functions responsibly and well should not be understood as denying the existence of distrust in many quarters. Nor is it to deny that such distrust may be warranted. Problems of trust are not easily solved, and it is especially tempting to try to avoid them. Sometimes we can avoid them by breaking off the relationship in question. However, such ruptures are seldom possible when people have to work together. Judges must exercise their function in jurisdictions where politicians are elected to a legislature on a popular mandate and where civil servants conduct their affairs under the direction of these "political masters." Judges cannot affect which individuals occupy those roles; nor can they control the political agenda. Similarly, the legislative and executive arms of government cannot determine who is a judge and what the beliefs and actions of judges will be.⁵ Sometimes, that lack of control can be difficult to accept.⁶

When people who have to work together distrust each other, unpleasant and awkward problems arise. These include discomfort, lack of ease, fearfulness, insecurity, misinterpretation, flawed communication, unnecessary complexity, error, and limited cooperation and scope of operations. A management study conducted in 1972 indicated that a group in which the leader was trusted was able to operate with openness and creativity to address problems, whereas in a comparative group in which the leader was mistrusted, members operated so as to minimize risk to themselves. They regarded the manager as trying to get control, they distrusted him, and as a result they operated so as to minimize risk to themselves. This behaviour made them uncreative, closed to new ideas, and inflexible in their thinking.⁷

Such devices as seeking control, increasing regulations, contractualizing details of service, and taking out insurance are strategies by which we seek to manage and control distrust. However these strategies cannot fully compensate for the difficulties of relationships marked by distrust. When those who distrust each other must continue to work together, they should if possible seek to overcome their distrust because it will make their working styles uncreative, unpleasant, risk-averse, and inefficient.



Different roles require different talents and interests and give a different perspective on the world. For example, if a family gets a backyard trampoline, the parents may think of it as a way to entertain their children at home; a philosopher might wonder what principles the children will appeal to in order to equitably share time; a doctor or orthodontist might see the trampoline as a possible source of injury; a physical education teacher as a means to fitness; a lawyer as a possible cause of lawsuits. Clearly the judiciary, the legislators, and the civil service have quite distinct roles. Different talents and interests are required for these roles, and different perspectives will tend to emerge from them.

Conflicts may arise from the different perspectives and interests which accompany different roles. For example, it is the job of a dean to allocate numbers of academic positions between departments and the role of a department head to do her best for her own department; their roles in this regard tend to pit them against each other. Analogous scenarios may exist with the judiciary and other roles.

Though the practice is common, it does not in the final analysis make sense to resent people for gaining perspectives attendant on roles which define a major part of their lives. A mother, for instance, expends a considerable part of her energy caring for people. It is the role of a school principal to discipline unruly students. It makes little sense to criticize a mother because she has developed a tendency to be solicitous for the interests of others, or a school principal because he has come to think it is his role to discipline unruly behaviour in conflict situations. To come closer to the present case, it would be unwise and unnecessary to pit civil service, political, and judicial roles against each other. To be sure, the functions, talents, and even the values that accompany these roles differ, but that should not be a basis for resentment and distrust.

We may call role-induced conflict between those whose roles are, in the final analysis, interdependent, the *Tragedy of Roles*. A familiar scenario from the university can be illustrative. The Department Head resents the Dean, because the Dean will not give him the money he wants to hire faculty members to support a new program. The Dean resents the Department Head because of his repeated, and somewhat aggressive, attempts to get funding for a new program at a time when

the dean is under considerable pressure just to allocate to existing programs widely acknowledged to be necessary. The dynamic in such a case is natural enough but it may be called tragic because it pits people against each other merely because they are doing their job. Such conflicts are worsened if people conflate personalities with functions and come to see the individuals in question as having personal failings that bear on the case. We must hope to avoid such tragedies with the judiciary and civil service as major players.

We can undermine the dynamic of the *Tragedy of Roles* by:

- (a) distinguishing between a person and the role that person occupies;
- (b) realizing that people typically serve in several roles (a judge may also be a parent, a son, a church member, and so on);
- (c) understanding the limited perspective which may be a natural by-product of our own role or roles; and
- (d) understanding that certain motives and perspectives are intrinsic to certain roles and should not be a basis for disrespecting those within them.

In times of stress and change, conflict and suspicion are all the more likely and it will require special care and effort to avoid them. Given the high degree of complexity and the highly interdependent roles in modern societies, efforts should be made to preserve or improve relationships. Public confidence in government and the judiciary will be severely jeopardized if the relationships between people in differentiated roles deteriorate. One thing especially likely to undermine public confidence is a situation in which branches of government are seen by the public to be expending valuable time and energy contending against each other.

*There are no people-proof institutions.*⁸ For our institutions to work fairly and effectively, and merit public confidence, people in different roles must be able to respect and trust each other, and cooperate readily. The need for mutual understanding, trust, and respect is inescapable. The implementation of commissions to make recommendation on judicial remuneration will not eliminate the need for mutual respect, understanding,



and trust; it will only relocate it. At some point, human beings have to deliberate about factors pertinent to status and salary and make a recommendation; at some point other human beings have to decide whether to accept that recommendation; and (considering a situation in which government seeks to overturn a recommendation by a commission) other human beings have to determine whether that decision itself is *reasonable*. There is no way of avoiding human decisions, to which humans must react. No divine agent or infallible machine is going to do these things for us, and when people do them themselves, they depend on each other for information, support, interpretation, and reasoned response.⁹ Commissions, as required by the Supreme Court, may do much to avoid direct the sort of bitterness that culminates in lawsuits, but they do not eliminate the need for human judgement, trust, and trustworthiness.

Situations are not fixed; rather, they are fluid—changing, and changeable. A participant in the Round Table meetings told the story of an acrimonious relationship between the civil service and judiciary in which he had been able to intervene by chatting with the people involved for a few hours over beer and pizza. This talk had tremendously beneficial effects. We can understand such rapid change when we reflect on the effect that we have on each other through our emotions, attitudes, and actions. What people do depends in large part on how others treat them. People treated with trust and respect are more likely to act in a competent and trustworthy manner. If a man who has been suspicious and resentful of another comes to regard him as friendly and well-intentioned, he will find that other behaving quite differently from the way he did before, and the changes are likely to further strengthen his more positive attitude. And the changes are likely to work both ways.¹⁰

What we feel, believe, and do affects other people and what they feel, believe, and do. Thus our mutual attitudes do much to determine our situations, which emerge from the nature of personalities, roles and human relationships as well as from more objective factors. In a new situation, we have new possibilities for action and through them, new possibilities for responses to our action. Those responses in turn reflect back on our attitudes, actions, and beliefs and those of other people, which in turn work to structure future circumstances and states of

affairs. Reflexivity and interactivity appear at all stages. It is through such interactivity and reflexivity that we may find downward spirals in relationships—where distrust breeds hostility and further conflict and distrust in a seemingly endless and vicious process. But the same structural features of interactivity and reflexivity also have their positive side, in that dramatic and rapid improvements in relationships and situations are thereby made possible.

With regard to recent changes and challenges in the area of judicial remuneration and the relationship between the judiciary and other branches of government in Canada, relationships may be improved if the people involved are aware of such dynamics and seek to better those relationships. The following aspects of relationships especially merit attention:

- (a) the *interdependence* of roles and the people serving in those roles;
- (b) the need for *respect* for the *knowledge, skills, and dedication* of the people serving in the relevant roles;
- (c) an understanding of the *situational constraints* which may accompany various roles and a recognition that individuals are not responsible for those situational constraints;
- (d) an understanding that *attitudes* (trust, distrust, respect, and disrespect being paramount among them) may worsen or may improve situations and relationships;
- (e) *flexibility and openness*.

¹ I have argued this case in detail in *Social Trust and Human Communities* (Montreal and Kingston: McGill Queen's University Press, 1997).

² See, for instance, Ann-Mari Sævi, "On Modern Confidence" (1982) 25 *Acta Sociologica* 39 and Niklas Luhmann, *Trust and Power* (trans. H. Davies, J.E. Raffman, and Kathryn Rooney) (London: John Wiley and Sons, 1979).

³ This interdependence was noted by other participants at the Round Table—notably Roderick Macdonald, Stephen Owen and Richard Simeon.



- ⁴ A point emphasized by Richard Simeon in his presentation.
- ⁵ That is to say, once someone is a judge he or she cannot be removed by these arms of government. So if there is an acrimonious relationships, regarding salary or some other matter, between judges and the other branches of government—if there is distrust as expressed, for instance, in lawsuits—that distrust cannot be rectified by simply rupturing the relationship. It will continue to exist, with more or less effective efforts be made to manage it, or (more optimistically) it will be eliminated when relationships are improved.
- ⁶ Nicholas d’Ombrain noted in his presentation that governments are used to making decisions and having options. The Supreme Court decision requiring Compensation Commissions to make recommendations about judicial salaries puts something quite different before them. D’Ombrain predicted that governments would have trouble accepting, in this context, that they are not in charge.
- ⁷ Dale E. Zand, “Trust and Managerial Problem Solving” (1972) 17 *Administrative Science Quarterly* 229.
- ⁸ As Richard Simeon commented, neither are there any institution-proof people. Institutions affect people; people affect institutions. Since office-holders change more frequently than the offices themselves, it seems appropriate to stress the design of institutions as a factor of more enduring importance than the specific people who hold office. However, in any particular case, the latter may be more important than the former.
- ⁹ As noted in the presentation of Roderick Macdonald. The ways in which we depend on each other for information and expertise are described in Chapter 3 of *Social Trust and Human Communities*, *supra* note 1.
- ¹⁰ Intervention of the Honourable Ted Hughes at the Round Table.

Where do we go from here? Laying the Foundations of the Executive-Judicial Relationship

Stephen Owen Q.C.

Introduction

The matter of judicial salaries and the appropriate process for setting them in order not to offend judicial independence is perhaps the most easily relieved tension in the executive-judicial relationship. The issues are quantifiable, comparable and explicable. The Supreme Court of Canada has set out criteria to guide this process and provincial and federal governments are acting to comply.¹

In her excellent paper, Trudy Govier has situated the discussion of the executive-judicial relationship in the more general setting of human interaction, where trust and an understanding of interdependence, even among those with formally independent roles, is necessary for positive social relationships. She notes the negative bias caused by our disproportionate attention to wrongful acts which disturb our higher expectations of appropriate good behaviour. However, perhaps the resulting cynicism is self-limiting. If we come to expect the bad, we must eventually bottom out and begin the upward cycle of delight in the surprise of the much more common good. This recognition is the basis for the respect necessary to support positive relationships. I would like to relate these general observations back to the executive-judicial interaction.

The independence of the judiciary from the executive branch (and from the legislative, to the extent that it has not already been subordinated to the executive) is necessary to fulfil Charter obligations under section 11(d) in criminal cases, extended to "all suits at law" under international commitments.² However, this "judicial control over the



administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function”³ does not divide crisply from the provinces constitutional responsibility for the administration of justice and an Attorney General’s duty to “see that the administration of public affairs is in accordance with the law” and “superintend all matters connected with the administration of justice.”⁴ Hence the interdependence and the need for trust and respect between branches.

Issues

However, the fundamental nature of the rule of law in a democracy is not well understood by the public, including many in government. The social services and economic and political structures that we have come to consider essential in our society are yet derivative of the stability and accountability secured by laws and legal process democratically established and binding on all, including government. When budgets are cut, there is often little sympathy within government for calls to insulate the justice system, seen by many to have received special treatment in the past. This sentiment is amplified by a general public resentment of privilege. “Elite” seldom now connotes leadership, excellence and sacrifice; but rather unearned status and disproportionate influence. In this atmosphere, targeting judges can be good politics; it is unlikely to be good public policy.

As a further complication, the role of the Attorney General in our system of government as both law officer of the Crown and cabinet minister often causes confusion. The quasi-judicial and necessarily independent functions can overlap with the executive and advisory ones. When the Attorney General concedes a *Charter* challenge to legislation, is s/he exercising a valid quasi-judicial discretion, treading on the judicial responsibility to interpret the law, usurping the legislative function of law-making, or depriving the executive client of a defence?

The Attorney General’s responsibility to administer court services and to support the judicial function can overlap with the independent judicial role. This is particularly so given the current pressures to restrain and reform a court system that is seen by many as too expensive, slow

and complex. Judicial and executive attempts to lessen pressure on the criminal and civil courts through reduced litigation and early resolution require concerted action to collect and analyze data, pilot new approaches, determine judicial complement and support services, and identify best practices across the country. This interdependence increases both the potential friction and the need for collaboration.

The necessary countervails of judicial independence and accountability present special challenges. Clearly understood lines of accountability enhance public respect for any independent body. Appointment processes, judicial councils, codes of conduct, education, and court management processes are receiving considerable attention, in addition to adequate judicial compensation, complement and support services. The special vulnerability of judges to public criticism, either individually justified but unfairly generalized, or superficial and contemptuous, complicates the notion of judicial independence.

A judge in the role of case manager, mediator, public inquiry commissioner, bankruptcy supervisor, or media commentator can blur the public and executive impression of the judicial function, and lessen appreciation of independence. Executive abdication of its policy role in addressing vexing public issues, and the judicial guardianship of *Charter* supremacy can place the judiciary in the spotlight of political criticism. And the increasing frequency of a judge returning to active and often high profile legal practice can confuse the distinctions between the judiciary and the legal profession.

Ways Forward

Public education and dialogue on the justice system is critical to its proper appreciation. Given its fundamental importance to our system of government, it is extraordinary that so little attention is given it in the school curriculum. Judges and Attorneys General should be constructive and mutually supportive leaders in the public discussion of legal issues and not merely defensive reactors to unfair criticism. This joint action will enhance the understanding and respect between them that is required to build the positive relationship.



The current political responsibilities of the Attorney General make communication and collaboration with the judiciary awkward. The quasi-judicial and independent responsibilities of the Attorney General should be emphasized, possibly by severing the role from the executive functions as member of cabinet and Minister of Justice. The Attorney General can still act as the legal advisor to government without having direct, executive responsibility for policy development and implementation.

In any event, the court administration and judicial support roles of the Attorney General should be made as distinctly independent from ministerial responsibilities as that of the prosecution of crime, with statutory protections against the appearance or potential for improper interference.⁵

The Deputy Attorney General, as the senior non-political government official responsible for the administration of justice, court services, and support for the independence of the judiciary should work closely and develop trustful and respectful relationships with Chief Justices and Chief Judge. This should be a confidential, constructive, and continuous exchange of ideas, needs and concerns, towards the effective joint administration of the overlapping and interdependent functions. Justice reform initiatives, backlog issues (especially in criminal and child protection cases), judicial appointments, legislative changes that could increase pressure on the courts, and judicial directions for legislative action are all important topics for such dialogue. Without such relationships, no system of checks and balances will ensure the smooth operation of the shared responsibilities.

Consideration should be given to an independent court services agency with a senior administrator, responsible to the judiciary and interacting on its behalf with the executive (e.g., Ministry of the Attorney General and Treasury Board). However, such an arrangement, while successful elsewhere, is unlikely to resolve the frictions in the absence of the positive relationship with the Deputy Attorney General discussed above.

As a final matter, the independent commission contemplated by the Supreme Court in the *Provincial Court Judges* case might serve a broader purpose to facilitate collaboration and resolve disputes between the

executive and judiciary. I suspect that such commissions will demonstrate their worth on the relatively straightforward compensation issues and, thereby, suggest themselves as appropriate locations for safe resolution of more complex issues.

¹ *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (hereinafter, *Provincial Court Judges case*).

² International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14.

³ *R. v. Valente*, [1985] 2 S.C.R. 673 at 712, per Le Dain J.

⁴ *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, s.2 (b) & (c).

⁵ For example, see the *Crown Counsel Act*, R.S.B.C. 1991, c. 10, s. 5 and 6, whereby the Attorney General or Deputy Attorney General may issue prosecution policy directives or specific case directions to the head of the prosecution service, so long as these are in writing and published in *The Gazette*.

Summary of the Round Table

The documentation prepared by the Law Commission of Canada for circulation to participants in the Round Table indicated that no recording of the proceedings and no formal minutes would be kept. Nonetheless, at the close of the day several participants asked the Law Commission to prepare a brief note summarizing the discussion for distribution to those in attendance and others interested in issues addressed at the Round Table.

In that spirit a Summary of the Round Table was circulated shortly afterwards. This is a revised version of that Summary. It is intended neither as minutes of the Round Table, nor as a record of the views of any particular participant. It is, rather, a reflection of the impressions and observations of the three Commissioners of the Law Commission of Canada who were present, and should be taken to reflect no other point of view.

Participants

Altogether about 70 people attended the Round Table. Participants were drawn from a number of constituencies. There were four members of the Canadian Judicial Council, most Chief Judges of Provincial Courts in Canada (from both provinces and territories), a number of representatives from the Canadian Conference of Judges, as well as several officials and provincial representatives of the Canadian Association of Provincial Court Judges. In addition, Deputy Attorneys-General or their delegates from ten of Canada's thirteen jurisdictions, various officials from central agencies, other invitees from organizations interested in judicial affairs, and a number of individuals with a special concern for or expertise in the matter of judicial compensation attended the Round Table.

Three Commissioners of the Law Commission of Canada—Roderick Macdonald, Nathalie Des Rosiers and Stephen Owen, Q.C.—and one member of the Advisory Council of the Law Commission—Gerry Ferguson—acted as Chairs for the four sessions. Mr. Macdonald and

Professor Owen, along with five invited experts—Professors Elizabeth Edinger, Danielle Pinard and Richard Simeon, Mr. Nicholas d’Ombrain and Ms. Trudy Govier—presented papers at the Round Table.

General Tenor of Discussions

Approximately 30 different invited participants spoke during the day. They included Chief Justices and Chief Judges, other members of the judiciary, Deputy Attorneys-General, officials from central agencies, and representatives of other organizations. Notwithstanding the advertised organization of the day into four sessions, from the beginning the discussion was not so constrained. It immediately ranged over the entire field of topics identified in the draft programme.

The interventions and observations were of three main types. They dealt with: (1) the past; (2) the present; and (3) the future.

A number of participants sought to indicate, from their perspective, how it was that the litigation in question came about and why the Round Table was beneficial in facilitating discussion of the new constitutional requirements flowing from the Supreme Court decision. These discussions were focused on presenting the frustrations felt by those directly implicated in the salary determination process—both from the judiciary and from the executive.

Other participants saw the Round Table differently. They asked questions about the current status of developments in various jurisdictions and what steps were in course for responding to the judgement of the Supreme Court. These interventions were aimed primarily at the sharing of information about different possibilities for designing Compensation Commissions.

Still others sought to engage in a discussion about the kind of relationship between judiciary and executive that would flow from the judgement. They spoke to the requirements of judicial independence, and the contexts in which a productive and helpful relationship could be built so as to ensure public confidence in the independence of the judicial process.

As could be expected in a dialogue about issues having a financial dimension, a number of comments from members of the judiciary dealt in detail with the impact of the decision on the remuneration of judges. The issues of retroactivity, pension contributions and fringe benefits attracted no small notice.

Other judges were, however, more interested in procedural questions. They highlighted their concern either with existing processes, or with the responses to previous processes, for determining that remuneration.

The day's discussion clearly indicated much dissatisfaction among many members of the judiciary with the current state of affairs in their relationship with the executive. The majority of those present at the Round Table also thought, however, that the Supreme Court decision gave the parties an opportunity to revisit this relationship and to set it on a better footing.

Compensation Commissions

There was a general sentiment that the question of judicial remuneration had become so charged that the establishment of Compensation Commissions such as those contemplated in the Supreme Court judgement might be the only way to address the issue productively. Nonetheless, opinions varied considerably about the wisdom of the decision in the *Provincial Court Judges* case.

Some were troubled that the Court had invented novel requirements that it then made constitutionally imperative. Others felt the requirement that the executive give a rational response if it declined to follow Compensation Commission recommendations would help improve the overall relationship between executive and judiciary because it would make the process more transparent. Some questioned the implications of this requirement for the Parliamentary process. Still others expressed surprise at how controversial the Supreme Court judgement was among scholarly commentators and the media.

Most participants felt, however, that moving the contentious issue of compensation to a distinct process would be a real contribution to improving the relationship between executive and judiciary simply by



allowing them to focus their attention on other, equally important, questions of judicature.

Many different views were expressed about the range of questions that could or should be referred to the Compensation Commission envisioned by the Supreme Court decision. More than a few felt that there was a minimum core of issues that the Compensation Commissions were obliged to handle, but that these Commissions could also be given a broader mandate to deal with other matters.

Some other participants looked at the question from the opposite vantage point. They were uncertain about what questions had to be settled by the Compensation Commission, and could not be discussed in other settings. Indeed, several participants observed that, if the Supreme Court decision were to be read broadly, even the Round Table itself might be thought to be an unconstitutional encounter between judiciary and executive.

Ideas about the mandate of Compensation Commissions as imagined by the Supreme Court judgement were of three general types:

- (1) Most participants felt that the judgement should be restricted to issues clearly related to compensation and fringe benefits.
- (2) Others felt that the model might be appropriate for dealing with a broader menu of matters touching the executive-judiciary relationship—including issues such as, for example, support staff, clerks, computers and parking spaces.
- (3) Still others noted, however, that these latter matters have historically been the purview of the Chief Judges and that were the Commission to have authority in such matters, it would undermine the relationship between Chief Judges and the executive and compromise the capacity of the Chief Judges to administer their courts.

A number of observations were also made about the character of the Compensation Commissions. Once again, opinions varied considerably, even as among members of the judiciary, among government officials, and among the experts invited to the Round Table themselves.

Comments about the nature and character of the Compensation Commissions were expressed in such questions as:

- (1) Should these Compensation Commissions function like a labour arbitration panel, or should there be a more broadly cast public input into their membership?
- (2) Should governments, in structuring such bodies, provide that their recommendations be merely recommendations or should they give it the capacity to make binding recommendations as in a labour situation (the latter possibility not, of course, being a part of the framework set out in the judgement)?
- (3) Should the function of the Compensation Commissions be simply to set the salary and benefits of the judiciary or should it have the authority to examine issues such as whether judges should be paid a flat salary, or a salary adjusted according to years of service, or even adjusted annually on the basis of some principle relating to merit?
- (4) Should these Compensation Commissions be required to act as fiduciaries in balancing some of the different compensation interests (salary vs. pension, for example) that may have a differential impact on different cohorts within the judiciary, and on the capacity of the government to attract applications for judicial appointment from certain cohorts of the legal profession?

The Ongoing Relationship between Executive and Judiciary

The general view of participants was that the present relationship between judiciary and executive was strained. Several attributed this to a failure of communication not as between Deputy Attorneys-General and judiciary as to a failure of communication between central agencies such as Treasury Boards and the judiciary. Some pointed out that the relationship between courts and Deputy Attorneys-General was, in their jurisdictions, healthy and productive. Not all participants assented to this affirmation, however.



As for the relationship with central agencies, it was observed that officials from these agencies did not appear to understand the significance of the judicial role in a Parliamentary system, and the protected constitutional position that it is afforded. It was felt that Parliamentarians generally missed this point as well. Perhaps even more importantly, participants felt that the public was not well informed about the difference between independence and impartiality in individual cases, and the need for independence and impartiality of the judiciary as an institutional matter.

One or two participants pointed out that the Attorney-General and others interested in judicial affairs had an obligation to defend the judiciary against attacks from those who would attribute to judges a self-interested perspective on these questions. There was some sense from participants that better public education designed to improve public understanding of the role of the judiciary and the importance of judicial independence was required.

Some participants did observe, however, that communication is a two-way street. They asked whether the judiciary, for its part, fully understood the constraints under which central agencies were operating in times of growing budgetary deficits. To illustrate the point, comparisons were made to the remuneration received by Deputy-Ministers and Governor-in-council appointees over the same period.

Concluding Observations

While participants by and large accepted the need for some kind of Compensation Commission, not all believed that the model envisioned by the Supreme Court was the best possible. Many judges were of the view that, even in provinces and territories with Compensation Commissions, the attitude of governments towards their recommendations in recent years had been cavalier.

Moreover, no-one thought that a Compensation Commission process of any type would be a panacea for dealing with all aspects of the relationship between judiciary and executive. In particular, it was observed that a number of matters relating specifically to questions

falling within the competence of Chief Judges needed to be addressed in other fora. Nonetheless, several judges were of the view that the model might be appropriate for dealing with a broader menu of financial questions relating to the executive-judiciary relationship—including issues such as, for example, support staff, clerks, computers and parking spaces.

Participants also generally felt that it was important to build up a relationship of trust between judiciary and executive, and that continued litigation was counterproductive. Continued litigation risked making the question of judicial remuneration a rallying point for budget-cutters. It also risked further disturbing the terrain upon which good relationships between courts and executive was thought to depend.

Towards the end of the Round Table there was a suggestion that further meetings among representatives of the judiciary, the Canadian Judicial Council, Deputy Attorneys-General and central agencies might be a useful exercise. Some mentioned that a national Discussion Table involving judges of all courts should be contemplated. Others felt that a Discussion Table involving only provincial and territorial judges would be preferable. This idea was not, however, pursued by other participants. The consensus view was that the next steps should not be undertaken in some general forum, but rather that the initiative should lie with the affected parties in each of the provinces and territories concerned.

Most participants concluded that, whatever they thought about the merits of the Supreme Court decision, it had at least provided judiciary and executive with an opportunity to off-load the question of remuneration to another body and to move forward with other pressing issues relating to Judicature in Canada. Many of these issues, representatives of the Law Commission of Canada noted at the close of proceedings, were already among the topics that the Commission hoped to consider under its research theme—governance relationships.



Appendix I: Biographies of Authors and Session Chairs

Nathalie Des Rosiers | Professor Des Rosiers is Vice-President of the Law Commission of Canada. Since 1987, she has also been Professor of Law at the University of Western Ontario. Her research and teaching interests are in constitutional law, environmental law, tort law, and the area of law and social issues.

Ms. Des Rosiers is an active member of the Association des juristes d'expression française de l'Ontario and past President of the Canadian Law Teachers Association. She is also a member of the Ontario Environmental Appeal Board. From 1993 to 1996, she was a member of the Ontario Law Reform Commission.

Ms. Des Rosiers obtained an LL.B. from the Université de Montréal in 1981 and an LL.M. from Harvard University in 1984. She became a member of the Barreau du Québec in 1982 and the Law Society of Upper Canada in 1987.

Nicholas d'Ombrain | An expert on the parliamentary and cabinet system and adviser to governments on organization and management, Mr. d'Ombrain has 28 years of experience in advising governments. He served in the Public Service of Canada for 25 years, four at the level of deputy minister and nine as an assistant deputy minister. His long service at the centre of the Canadian government has equipped him to advise on practical means of building and reforming democratic, accountable public institutions that provide efficient and orderly government while maintaining high standards of public management.

Elizabeth Edinger | Professor Edinger is Associate Dean at the Faculty of Law, University of British Columbia. She obtained a B.A. and LL.B. from the University of British Columbia in 1964 and 1967 respectively, and a B.C.L. from Oxford University in 1977. She was a member of the British Columbia Provincial Court Judges Compensation Committee in 1993. She teaches in the areas of Constitutional Law, Conflicts of Law, and Creditor's Remedies.

Gerry Ferguson | Professor Ferguson is a member of the Advisory Council of the Law Commission of Canada. He is a Professor of Law at the University of Victoria. He sits on the Board of Directors of the International Centre for



Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy (UN Crime Prevention Program), and is a member of the International Society for Reform of the Criminal Law. He has been a consultant on criminal law and sentencing issues to the Law Reform Commission of Canada and the federal Department of Justice.

Trudy Govier | Ms. Govier received a Ph.D. in Philosophy from the University of Waterloo (1971) and was for a number of years Associate Professor in the Department of Philosophy at Trent University in Peterborough, Ontario. She has also taught at the University of Amsterdam, Simon Fraser University, and the University of Lethbridge.

Ms. Govier is the author of six books including a widely used text on argumentation entitled *A Practical Study of Argument* (Wadsworth; fourth edition 1997) and, most recently, *Social Trust and Human Communities* (McGill-Queen's University Press 1997). Her current interests include peace politics and conflict resolution. Ms. Govier is normally based in Calgary, where she is affiliated with the Institute for the Humanities at the University of Calgary.

Roderick A. Macdonald | Mr. Macdonald is President of the Law Commission of Canada. Since 1994, he has also been E.R. Scott Professor of Constitutional and Public Law at McGill University, where he was Dean of Law from 1984 to 1989. His research and teaching interests are in constitutional law, administrative law, civil law, philosophy of law, sociology of law and commercial law.

Mr. Macdonald was Director of the Law Society Program of the Canadian Institute for Advanced Research between 1989 and 1994. He was Chair of the Task Force on Access to Justice of the Ministère de la justice du Québec from 1989 and 1991. He became a member of the Law Society of Upper Canada in 1977 and the Barreau du Québec in 1983. He was elected to the royal Society of Canada in 1996.

Stephen Owen, Q.C. | Mr. Owen is the David and Dorothy Lam Professor of Law and Public Policy and Director of the Institute for Dispute Resolution at the University of Victoria. Mr. Owen was Deputy Attorney General of British Columbia from 1995 to 1997. He served as Commissioner for the Commission on Resources and the Environment from 1992 to 1995, as Ombudsman from 1986 to 1992, and as Executive Director of the Legal Services Society from 1982 to 1986.

Mr. Owen was President of the International Ombudsman Institute from 1988 to 1992. He has also served as legal representative for Amnesty International in numerous cases and investigations, including security force

killings in the former Yugoslavia, apartheid in South Africa, and the IRA inquest in Gibraltar.

Mr. Owen obtained an LL.B. from the University of British Columbia in 1972, an LL.M. from the University of London, England in 1974 and an M.B.A. from the University of Geneva, International Management Institute in 1986.

Danielle Pinedo | Professor Pinedo has been a professor at the Faculty of Law at the University of Montreal since June 1987. Her teaching and research interests are in constitutional law and statutory interpretation. She obtained an honours bachelor's degree in social service (B.Sc.), from the University of Montreal in 1977 and a master's degree in social service (M.Sc.), University of Montreal in 1978. She subsequently took an LL.B. from the University of Montreal in 1983 and an LL.M. from the University of London, London School of Economics and Political Science in 1986.

Her most recent publications include: "Le contexte factuel d'élaboration et d'application comme facteur d'interprétation de la norme juridique", in Pierre-André Côté (dir.), *Le temps et le Droit*, Actes du Congrès international de méthodologie juridique [Proceedings of the International Congress on Legal Methodology], Éditions Yvon Blais, 1996, 171-183; "La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de preuve", (1997) 31 *Revue juridique Thémis*, 87-148; "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel", (1997) 31 *Revue juridique Thémis*, 315-397; "La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves", (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 497-513.

Richard Simeon | Professor Simeon was William Lyon Mackenzie King Professor of Canadian Studies at Harvard University in 1998, on leave from the University of Toronto, where he is Professor of Political Science and Law. From 1988 to 1994 he was Vice Chair of the Ontario Law Reform Commission. Before joining the University of Toronto, he taught for many years at Queen's University, where he was Director of the Institute of Intergovernmental Relations (1976-82) and of the School of Public Administration (1985-1990).

He also served as Research Coordinator (Federalism) for the Royal Commission on the Economic Union and Canada's development Prospects, 1983-1985, and has been an adviser on constitutional matters to the government of Ontario. Professor Simeon's published work has focused primarily on federalism, the constitution and public policy in Canada; recently he has broadened his interests to encompass comparative issues in federalism and constitutionalism, and questions of governance.

Appendix II: Round Table Schedule



08h00	Welcome:	Roderick Macdonald <i>President, Law Commission of Canada</i> George Thomson <i>Deputy Minister of Justice and Deputy Attorney-General of Canada</i>
08h30	Session One:	What could the judgement mean? The history and context of the executive-judicial relationship
	Chair:	Professor Nathalie Des Rosiers <i>Vice-president, Law Commission of Canada</i>
	Presenter:	Roderick A. Macdonald <i>President, Law Commission of Canada</i>
	Themes:	<ul style="list-style-type: none"> • the relationship of executive to judiciary • the relevance of structures and processes to establishing an appropriate relationship • politicizing relationships or constitutionalizing relationships: does this exhaust the choices? • what generates public confidence in the administration of justice?
10h00	Health Break	
10h30	Session Two:	What did the judgement actually say? What now seems to be constitutionally required?
	Chair:	Professor Stephen Owen <i>Commissioner, Law Commission of Canada</i>
	Presenters:	Associate Dean Elizabeth Edinger <i>Faculty of Law, University of British Columbia</i> Professor Danielle Pinard <i>Faculty of Law, University of Montreal</i>
	Themes:	<ul style="list-style-type: none"> • what does the "special commission process" mean? • how far does the "constitutionalizing" of the process reach? • what is the weight to be accorded to commission recommendations and is the government's response to recommendations reviewable by the courts?



- what is the meaning to be attached to the idea that judges and executive or legislature cannot “bargain” about judicial salaries?
- 12h00 **Lunch**
- 13h30 **Session Three: What are the options? Implications of the judgement for questions of institutional design**
- Chair: Professor Gerry Ferguson
Advisory Council, Law Commission of Canada
- Presenters: Professor Richard Simeon
Political Science, University of Toronto
Nicholas d’Ombrain
Consultant, St. Joseph, New Brunswick
- Themes:
 - what are the process constraints?
 - what is the relationship between the values sought to be promoted and the available instruments?
 - what do these constraints say about jurisdiction and scope of mandate?
 - how do these bear on issues of appointment to a body, and review of its decisions?
- 15h00 **Health Break**
- 15h30 **Session Four: Where do we go from here? Laying the foundations of the executive-judicial relationship**
- Chair: Roderick Macdonald
President, Law Commission of Canada
- Presenters: Trudy Govier
Independent Scholar, Calgary, Alberta
Professor Stephen Owen
Commissioner, Law Commission of Canada
- Themes:
 - what are the social conditions for effective coordinated action? how can they be nurtured in the executive-judicial relationship?
 - coercion and consensus in decision-making: rules, roles and relationships; alternatives to adversarialness
 - private confidence and public trust: dynamics of responsible relationships; money, status and social responsibility
- 17h00 **Wrap-Up**



Appendix III: Select Bibliography

- C. Baar, "Judicial Independence and Judicial Administration: the Case of Provincial Court Judges" (1998) 9 Constitutional Forum 114.
- C. Baar, "Judicial Independence and Judicial Administration in the *Tobiass Case*" (1998) 9 Constitutional Forum 48.
- G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montreal: Wilson and Lafleur, 1990), ch. IV.
- Richard Chernick and Steven S. Lucas, "The Need for Judicial Compensation Commissions" (1994) 78 Judicature 6.
- Jean Sébastien Clément, "Les modifications salariales des juges doivent être examinées par un comité indépendant" (October 1997) 5 La Presse Juridique no. 18, at p. 16.
- S.M. Corbett, "Reading the Preamble to the *British North America Act, 1867*" (1998) 9 Constitutional Forum 42.
- J. Deschênes, *Masters in their own House: A Study on the Independent Judicial Administration of the Courts* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1981).
- A. Dieng, "The Independence of the Judiciary and the Rule of Law" in M.A. Rishmawi, ed., *CJIL Yearbook: The Judiciary in Transition* (Geneva: Centre for the Independence of Judges and Lawyers, 1994).
- M.L. Friedland, *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995).
- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1998) c.7.
- Sir W.S. Holdsworth, "His Majesty's Judges" (1932) 173 Law Times 336.
- W. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 Canadian Bar Review 769, 1139.
- R.A. Macdonald and A. Lajoie, "Auctioneers, Fence-Viewers, Popes—and Judges" (1998) 9 Constitutional Forum 95.



- Y-M. Morissette and J. Leclair, "L'indépendance judiciaire et la Cour suprême: reconstruction historique douteuse et théorie coinstitutionnelle de complaisance" (1998) 36 Osgoode Hall Law Journal 485.
- W.H. McConnell, "The Sacrifice of Judicial Independence in Saskatchewan: the Case of Mr. Mitchell and the Provincial Court" (1994) 58 Saskatchewan Law Review 63.
- P. McCormick, "Judicial Councils for Provincial Judges in Canada" (1986) 6 Windsor Yearbook of Access to Justice 160.
- P. McCormick, "Twelve Paradoxes of Judicial Discipline" (1998) 9 Constitutional Forum 105.
- P. McCormick and I. Greene, *Judges and Judging: Inside the Canadian Judicial System* (Toronto: J. Lorimer, 1990).
- René Pépin, "Droit constitutionnel—indépendance du pouvoir judiciaire—salaires des juges—jusqu'où va la souveraineté du parlement?" (1982) 60 Canadian Bar Review 699.
- W.N. Renke, *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-Cut Wage Guarantee* (Edmonton: Center for Constitutional Studies, University of Alberta, 1994).
- W.N. Renke, "The Independence and Impartiality of Provincial Court Judges: Rapporteurs' Report" (1998) 9 Constitutional Forum 121.
- Robert G. Richards, "Provincial Court Judges Decision – Case Comment" (1998) 61 Saskatchewan Law Review 575.
- Mona Rishmawi, "The Independence of the Judiciary: Concepts and Challenges" in *Human Rights in the 21st Century: Prospects, Institutions and Processes* (Montreal: Éditions Thémis, 1997), 51.
- P.H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987).
- D.A. Schmeiser and W.H. McConnell, "The Independence of Provincial Court Judges: A Public Trust" (1996), 20 Provincial Judges Journal No.2, 1-44.
- G.T. Seniuk, "Judicial Independence and the Supreme Court of Canada" (1998) 77 Canadian Bar Review 381.
- Shimon Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary* (New York: North-Holland Publishing, 1976).

Shimon Shetreet, "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges" in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (Netherlands: Martinus Nyhoff Publishers, 1985) 590.

R. Stevens, *The Independence of the Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office* (Oxford: Oxford University Press, 1993).

Jacob S. Ziegel, "The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation" (1998), 9 *Constitutional Forum* 31.

Report of the Canadian Bar Association Committee on the Independence of the Judiciary in Canada (Ottawa: Canadian Bar Foundation, 1985).

Commission of Inquiry Re: Salaries of Provincial Court Judges Province of P.E.I. (MacLaughlan Report) (1987).

Report on the Independence of Provincial Judges (Winnipeg: Manitoba Law Reform Commission, 1989) Report #72.

Report of the Saskatchewan Commission on Judges' Salaries and Benefits (D.A. Schmeiser, Chairman) (Saskatoon: The Commission, 1991).

Report and Recommendations of the 1992 Commission on Judges' Salaries and Benefits (Crawford Commission) (Ottawa: Ministry of Supply and Services Canada, 1993).

Report and Recommendations of the 1995 Commission on Judges' Salaries and Benefits (Scott Commission) (Ottawa: Ministry of Supply and Services Canada, 1996).

R. Stevens, *The Independence of the Judiciary: The View from the Lord Chancellor's Office* (Oxford, Oxford University Press, 1993)

Jacob S. Ziegel, « The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation » (1998), 9 *Forum constitutionnel* 31.

Rapport du comité sur l'indépendance de la magistrature au Canada de l'Association du barreau canadien (Ottawa, Fondation du barreau du barreau canadien, 1985).

Commission of Inquiry Re: Salaries of Provincial Court Judges Province of P.E.I. (MacLaughlin Report) (1987).

Report on the Independence of Provincial Judges (Winnipeg, Manitoba Law Reform Commission, 1989) Rapport n°72.

Report of the Saskatchewan Commission on Judges' Salaries and Benefits (D.A. Schmeiser, Chairman) (Saskatoon, The Commission, 1991).

Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges (Commission Crawford) (Ottawa, Ministère de la Justice, 1993).

Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges (Commission Scott) (Ottawa, Ministère de la Justice, 1996).

- W.H. McConnell, « The Sacrifice of Judicial Independence in Saskatchewan : the Case of Mr. Mitchell and the Provincial Court » (1994) 58 *Saskatchewan Law Review* 63.
- P. McCormick, « Judicial Councils for Provincial Judges in Canada » (1986) 6 *Recueil annuel d'accès à la justice de Windsor* 160.
- P. McCormick, « Twelve Paradoxes of Judicial Discipline » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 105.
- P. McCormick et L. Greene, *Judges and Judging : Inside the Canadian Judicial System* (Toronto : J. Lorimer, 1990).
- René Pélissier, « Droit constitutionnel — indépendance du pouvoir judiciaire — salaires des juges — jusqu'où va la souveraineté du parlement? » (1982) 60 *Revue du barreau canadien* 699.
- W.N. Renke, *Invoking Independence : Judicial Independence as a No-Cut Wage Guarantee* (Edmonton, Center for Constitutional Studies, University of Alberta, 1994)
- W.N. Renke, « The Independence and Impartiality of Provincial Court Judges : Rapporteurs' Report » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 121.
- Robert G. Richards, « Provincial Court Judges Decision — Case Comment » (1998) 61 *Saskatchewan Law Review* 575.
- Mona Rishmawi, « The Independence of the Judiciary : Concepts and Challenges » dans *Human Rights in the 21st Century : Prospects, Institutions and Processes* (Montréal, Éditions Thémis, 1997), 51.
- P.H. Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government* (Toronto : McGraw-Hill Ryerson, 1987).
- D.A. Schmeiser et W.H. McConnell, *L'indépendance des juges des cours provinciales : un âge commun* (Association canadienne des juges des cours provinciales, 1996).
- G.T. Senik, « Judicial Independence and the Supreme Court of Canada » (1998) 77 *Revue du barreau canadien* 381.
- Shimon Shetreet, *Judges on Trial : A Study of the Appointment and Accountability of the Judges* (New York, North Holland Publishing, 1976).
- Shimon Shetreet, « Judicial Independence : New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges » dans S. Shetreet et J. Deschênes, éd., *Judicial Independence : The Contemporary Debate* (Pays-Bas : Martinus Nyhoff Publishers, 1985) 590.

Annexe III : Bibliographie sommaire

- C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration: the Case of Provincial Court Judges » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 114.
- C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration in the *Tobias Case* » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 48.
- G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montréal: Wilson et Laflleur, 1990), c. IV.
- Richard Chernick et Steven S. Lucas, « The Need for Judicial Compensation Commissions » (1994) 78 *Judicature* 6.
- Jean Sébastien Clément, « Les modifications salariales des juges doivent être examinées par un comité indépendant » (Octobre 1997) 5 *La Presse juridique* n° 18, p. 16.
- S.M. Corbett, « Reading the Preamble to the *British North America Act*, 1867 » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 42.
- J. Deschênes, *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1981)
- A. Dieng, « The Independence of the Judiciary and the Rule of Law » dans M.A. Rishmawi, éd., *CJL Yearbook: The Judiciary in Transition* (Genève, Centre pour l'indépendance des juges et des avocats, 1994)
- M.L. Friedland, « Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada » (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995)
- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 1998) c.7
- Sir W. S. Holdsworth, « His Majesty's Judges » (1932) 173 *Law Times* 336.
- W. Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769, 1139.
- R.A. Macdonald et A. LaJoie, « Auctioneers, Fence-Viewers, Popes — and Judges » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 95.
- Y.-M. Morissette et J. Leclair, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique et théorie constitutionnelle de complaisance » (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 485.



17 h Clôture

- les entretenir par la relation entre l'exécutif et le judiciaire?
- coercition et consensus dans la prise des décisions; règles, rôles et relations; solutions de rechange au modèle contradictoire
- confiance aux niveaux privé et public; dynamique des relations responsables; agent, statut et responsabilité sociale



12 h	Déjeuner	13 h 30 Troisième séance :	<p>Quelles sont les options et les conséquences du jugement en regard des questions d'organisation judiciaire?</p> <p>Président : Theodore T. Irving, <i>Président, Conseil consultatif, Commission du droit du Canada</i></p> <p>Conférenciers : Theodore T. Irving, <i>Président, Université de Toronto</i> Nicholas J. Graham, <i>Consultant, St. Joseph (Nouveau-Brunswick)</i></p> <p>Thèmes :</p> <ul style="list-style-type: none">• à quelles contraintes le processus est-il assujéti?• quel est le lien entre les valeurs que l'on cherche à promouvoir et les instruments disponibles?• qu'est-ce que ces contraintes ont à voir avec la compétence et la portée du mandat?• quelles sont les conséquences à l'égard des nominations à un organisme, et du contrôle des décisions de celui-ci?
15 h	Pause santé	15 h 30 Quatrième séance :	<p>Qu'est-ce que l'avenir nous réserve? Établir les bases de la relation entre l'exécutif et le judiciaire</p> <p>Président : Rodrick A. Macdonald, <i>Président, Commission du droit du Canada</i></p> <p>Conférenciers : Judith Fowles, <i>Recherche indépendante, Calgary (Alberta)</i></p> <p>Professeur Stephen Owen, <i>Commissionnaire, Commission du droit du Canada</i></p> <p>Thèmes :</p> <ul style="list-style-type: none">• quelles conditions sociales permettent une action coordonnée efficace? comment peut-on

Annexe II : Horaire de la Table ronde

8 h	Mot de bienvenue : Roderick A. Macdonald, <i>Président, Commission du droit du Canada</i> George Thomson, <i>Sous-ministre de la Justice du Canada et</i> <i>sous-procureur général du Canada</i>	8 h 30	Première séance : Qu'est-ce que le jugement pourrait signifier? Histoire et contexte de la relation entre l'exécutif et le judiciaire Présidente : Nathalie Des Rostiers, <i>Vice-présidente, Commission du droit du Canada</i> Roderick A. Macdonald, <i>Président, Commission du droit du Canada</i> Thèmes : <ul style="list-style-type: none"> • la relation entre l'exécutif et le judiciaire • la pertinence de structures et de processus en vue d'établir une relation appropriée • politiquer ou constitutionnaliser la relation : sont-ils les seuls choix possibles? • qu'est-ce qui suscite la confiance du public en ce qui concerne l'administration de la justice? 	10 h	Pause santé 10 h 30 Deuxième séance : Quelle est la portée réelle du jugement? Qu'est-ce qui semble désormais requis au plan constitutionnel? Président : Stephen Owen, <i>Professeur, Commission du droit du Canada</i> Vice-doyenne Elizabeth Edinger, <i>Faculté de droit, Université de la Colombie-britannique</i> Professeure Danielle Pinar, <i>Faculté de droit, Université de Montréal</i> Thèmes : <ul style="list-style-type: none"> • que signifie le « processus par commission spéciale »? • jusqu'où va la « constitutionnalisation » du processus?
-----	---	--------	--	------	--



développement du Canada. Il a également été conseiller du gouvernement de l'Ontario en matière constitutionnelle. Il a publié des ouvrages traitant de fédéralisme, de constitution et de politique publique au Canada; ses champs se sont récemment élargis pour inclure le volet comparatif de ces mêmes sujets ainsi que la question de la gouvernance.

M. Owen a également été président de l'Institut international de l'Ombudsman de 1988 à 1992 et il a agi à titre de représentant juridique pour Amnesty

Internationale dans le cadre de nombreuses affaires et enquêtes, notamment les assassinats des membres des services de sécurité dans l'ancienne Yougoslavie, l'apartheid en Afrique du Sud et l'enquête sur l'Armée républicaine irlandaise menée à Gibraltar.

M. Owen a obtenu son baccalauréat en droit de l'Université de la Colombie-Britannique en 1972, sa maîtrise en droit de l'université de Londres (Angleterre) en 1974 et sa maîtrise en administration des affaires (MBA) de l'Institut de management international, Université de Genève, en 1986.

Danielle Pinard | Mme Pinard est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal depuis 1987. Son enseignement et ses travaux de recherche portent surtout sur le droit constitutionnel et l'interprétation des lois. Elle a obtenu un baccalauréat spécialisé en service social (B.Sc.) de l'Université de Montréal en 1977, une maîtrise en service social (M.Sc.) de l'Université de Montréal en 1978 (M.Sc.), et un baccalauréat en droit (LL.B.) de l'Université de Montréal en 1983. Elle a ensuite obtenu une Maîtrise en droit (LL.M.) de l'Université de Londres, à la London School of Economics and Political Science en 1986.

Elle a publié plusieurs articles dont, plus récemment, « Le contexte factuel d'élaboration et d'application comme facteur d'interprétation de la norme juridique », dans Pierre-André Côté (dir.), *Le temps et le droit*, Actes du Congrès international de méthodologie juridique, Éditions Yvon Blais, 1996, 171-183; « La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 87-148; « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 315-397; et « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs: quelques réserves », (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 497-513.

Richard Simeon | Richard Simeon a été professeur d'études canadiennes William Lyon Mackenzie King de l'Université Harvard en 1998, en congé de l'Université de Toronto où il est professeur de droit et de science politique. De 1988 à 1994, il a été vice-président de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. Avant de se joindre à l'Université de Toronto, il a enseigné de nombreuses années à l'Université Queen's, où il a occupé les postes de directeur de l'Institut des relations intergouvernementales (1976-1982) et de l'École d'administration publique (1985-1990).

De 1983 à 1985, il a agi comme coordonnateur de la recherche (fédéralisme) pour la Commission royale sur l'Union économique et les perspectives de

Gerry Ferguson | M. Ferguson est membre du Conseil consultatif de la Commission du droit du Canada. Il est professeur de droit à l'Université de Victoria et siège au Comité de direction du Centre international pour la réforme du droit criminel et des politiques de justice criminelle (Programme de prévention du crime des Nations-Unies). Il est aussi membre de la Société internationale pour la réforme du droit criminel. Il a agi comme consultant auprès de la Commission de réforme du droit du Canada et du ministère de la Justice en matière de droit criminel et de détermination de la peine.

Trudy Govier | Mme Govier a obtenu un doctorat en philosophie de l'Université de Waterloo (1971). Pendant des années, elle a été professeure agrégée au Département de philosophie de l'Université Trent à Peterborough en Ontario. Elle a également enseigné à l'Université d'Amsterdam, à l'Université Simon Fraser et à l'Université de Lethbridge.

Mme Govier a écrit six livres, parmi lesquels il y a un texte fort utilisé sur l'argumentation intitulé *A Practical Study of Argument* (Wadsworth; quatrième édition) *Texts of contemporary social and human communities* (McGill-Queen's University Press, 1997). Elle s'intéresse présentement à la politique de la paix et au règlement des conflits. Elle demeure habituellement à Calgary où elle est affiliée à l'Institut for the Humanities à l'Université de Calgary.

Roderick A. Macdonald | M. Macdonald est président de la Commission du droit du Canada. Depuis 1994, il est également titulaire de la Chaire « F. R. Scott » de droit public et de droit constitutionnel à l'Université McGill, où il a été doyen de la faculté de droit de 1984 à 1989. Ses recherches et son enseignement portent principalement sur le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit civil, la philosophie et la sociologie du droit et le droit commercial.

M. Macdonald a été directeur du programme du barreau de l'Institut canadien des recherches avancées entre 1989 et 1994. Il a été président du groupe de travail sur l'accès à la justice du ministère de la Justice du Québec de 1989 à 1991. Il est devenu membre du barreau du Haut-Canada en 1977 et du Barreau du Québec en 1983. Il a été élu à la Société royale du Canada en 1996.

Stephen Owen, c.r. | M. Owen est professeur « David and Dorothy Lam » de droit et de politique publique de même que directeur de l'*Institute for Dispute Resolution* de l'Université de Victoria. Il a été sous-procureur général de la Colombie-Britannique de 1995 à 1997. Il a servi comme Commissaire et la commission sur les ressources et l'environnement (*Commission on Resources and the Environment*) de 1992 à 1995, comme ombudsman de 1986 à 1992 et comme directeur exécutif de la *Legal Services Society* de 1982 à 1986.



Annexe I : Notes biographiques des auteur(e)s et président(e)s de séance

Nathalie Des Rosiers | *Mme* Des Rosiers est professeure et vice-présidente de la Commission du droit du Canada. Depuis 1987, elle est professeure de droit à l'Université de Western Ontario. Ses intérêts en matière de recherche et d'enseignement sont le droit constitutionnel, le droit de l'environnement, le droit de la responsabilité délictuelle ainsi que le droit et les questions sociales.

Mme Des Rosiers est membre active de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario et présidente sortante de la Canadian Law Teachers Association. Elle est membre de la Commission d'appel de l'environnement de l'Ontario. De 1993 à 1996, elle a été membre de la Commission de réforme du droit de l'Ontario.

Mme Des Rosiers a obtenu un baccalauréat en droit de l'Université de Montréal en 1981 et une maîtrise en droit de l'Université Harvard en 1984. Elle est devenue membre du Barreau du Québec en 1982 et du barreau de Haut-

Canada en 1987.

Nicholas d'Ombrai | Spécialiste du système utilisé au Parlement et au Cabinet et conseiller auprès des gouvernements en matière d'organisation et de gestion, M. d'Ombrai possède 28 ans d'expérience comme conseiller auprès des gouvernements. Il a été fonctionnaire pendant 25 ans, dont quatre ans au niveau de sous-ministre et neuf ans comme sous-ministre adjoint. Ses longs états de services au cœur du gouvernement canadien lui ont permis de prodiguer des conseils sur les moyens pratiques de bâtir et de refondre des institutions publiques démocratiques et responsables qui créent un gouvernement ordonné tout en maintenant des normes élevées de gestion publique.

Elizabeth Edinger | *Mme* Edinger est professeure et vice-doyenne de la Faculté de droit de l'Université de la Colombie-Britannique. Elle a obtenu un baccalauréat-ès-arts (B.A.) et en droit (LL.B.) de l'Université de la Colombie-Britannique en 1964 et 1967. Elle a aussi obtenu un diplôme en droit (B.C.L.) de l'Université Oxford en 1977. Elle a été membre du comité de rémunération des juges de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique en 1993. Elle enseigne dans les domaines du droit constitutionnel, du droit international

privé et des recours des créanciers.

sement du Conseil canadien de la magistrature, les sous-procureurs généraux et les organismes auxiliaires pourraient se révéler utiles. Certain(e)s ont mentionné que d'autres processus (peut-être même de dimension nationale) pourraient être envisagés. D'autres étaient de l'opinion qu'une Table de discussion pour les juges des cours provinciales et territoriales serait préférable. Cette idée n'a pas été relevée par d'autres participants, et on a jugé que les étapes suivantes ne devraient pas avoir lieu dans un cadre général, mais que l'initiative devrait plutôt incomber aux parties en cause dans chaque province ou territoire.

La plupart des participant(e)s ont conclu que, quoi qu'ils ou elles pensent de la décision de la Cour suprême, celle-ci au moins donne à la magistrature et à l'organe exécutif l'occasion de renvoyer la question de la rémunération à un autre groupe et de s'intéresser à d'autres questions touchant le processus judiciaire du Canada. Plusieurs de ces questions, les représentantes de la Commission du droit du Canada ont remarqué à la fin de la Table ronde, figurent déjà parmi celles que la Commission espère examiner dans le cadre de son thème de recherche — les rapports de gouvernance.

D'autres ont toutefois indiqué que la communication est un processus bidirectionnel. Ils ou elles se sont demandé si la magistrature comprenait bien les contraintes avec lesquelles les organismes centraux ont dû composer pendant les périodes marquées par des déficits budgétaires croissants. En guise d'illustration, on a fait des comparaisons avec la rémunération des sous-ministres et des officiers nommés par le Gouverneur en conseil.

Observations finales

De l'avis général, les participant(e)s ont accepté le besoin de créer une quelconque Commission de rémunération. Plusieurs croyaient, néanmoins, que le modèle des Commissions envisagées par la Cour suprême n'était pas idéal. Un bon nombre de juges ont rappelé que même dans les provinces et territoires qui ont établi des Commissions de rémunération, l'attitude des gouvernements envers leurs recom-

mandations a été, récemment, indigne.

De plus, personne n'était d'avis qu'un processus devant une Commission pourrait être considéré comme une panacée susceptible de régler tous les aspects des relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. En particulier, un certain nombre d'autres questions relevant de la compétence des juges en chef devraient être réglées. Plusieurs membres de la magistrature considéraient, toutefois, que le modèle pourrait être adapté pour régler une gamme de questions financières ayant trait au rapport entre l'exécutif et le judiciaire — notamment en ce qui concerne le personnel de soutien, les clerks, les ordinateurs et le stationnement.

Les participant(e)s se sont entendu(e)s pour dire qu'il fallait bâtir une relation de confiance entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif et que des conflits incessants étaient nuisibles. Ceux-ci risquaient de faire de la question de la rémunération des juges un point de ralliement pour ceux qui veulent réduire les budgets et de nuire aux bonnes relations entre les tribunaux et l'appareil exécutif.

Vers la fin du tour de table, quelques juges ont signalé que la tenue d'autres réunions entre les membres de la magistrature, les repré-



retraite, par exemple) qui peuvent avoir une incidence différente sur diverses catégories de postes au sein de la magistrature et sur la capacité du gouvernement d'attirer des postulants à des fonctions judiciaires provenant de certaines catégories de la population.

Relations continues entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire

La plupart des participantes estimaient que les relations actuelles entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif étaient tendues. Plusieurs personnes ont toutefois attribué cet état de fait à un manque de communication, non pas entre les sous-procureurs généraux et la magistrature, mais entre ces organismes centraux comme le Conseil du Trésor et la magistrature. Certaines ont fait remarquer que les relations entre les tribunaux et les sous-procureurs généraux étaient, dans leur province ou territoire, saines et productives. Tous les participant(e)s n'étaient cependant pas d'accord avec cette affirmation.

Quant à la relation avec les organismes centraux, on a indiqué non seulement que les fonctionnaires de ces organismes ne comprenaient pas l'importance du rôle que joue la magistrature dans un système parlementaire, mais encore que certains députés étaient dans le noir le plus complet. Plus particulièrement, les participant(e)s ont signalé que le grand public n'était pas bien informé de la différence entre l'indépendance et l'impartialité dans ces cas individuels et le besoin d'indépendance et d'impartialité de la magistrature à titre de question institutionnelle.

Certain(e)s ont fait remarquer que le Procureur général et d'autres personnes qui s'intéressent aux questions judiciaires avaient l'obligation de protéger la magistrature contre les attaques de ceux qui attribuaient aux juges une perspective intéressée à ce sujet. Par ailleurs, les participant(e)s ont laissé croire qu'il valait mieux sensibiliser la population au rôle de la magistrature et à l'importance de l'indépendance judiciaire.



pouvoir judiciaire, notamment le personnel de soutien, les clercs, les ordinatateurs et les espaces de stationnement;

(3) D'aucun(e)s ont toutefois fait remarquer que ces dernières questions ont toujours été du ressort des juges en chef et que s'il appartenait à la Commission de trancher en la matière, cela aurait pour effet de miner la relation entre les juges en chef et l'appareil exécutif et nuirait donc à la capacité des juges en chef d'administrer leurs tribunaux.

Un certain nombre d'observations ont été faites sur le fonctionnement des Commissions sur la rémunération. Les membres de la magistrature, les fonctionnaires gouvernementaux et les expert(e)s invité(e)s au tour de table ont exprimé des opinions très variées. Les commentaires sur la nature et le rôle des Commissions sur la rémunération ont été exprimés dans le cadre de questions comme celles qui suivent :

(1) Les Commissions sur la rémunération doivent-elles fonctionner comme un groupe d'arbitrage du travail ou doivent-elles compter un plus grand nombre de représentant(e)s du public?

(2) Dans le cadre de l'établissement de la structure de ces organismes, les gouvernements devaient-ils énoncer que les avis de ceux-ci ne sont que des recommandations ou devaient-ils les autoriser à formuler des recommandations exécutoires en cas de conflit de travail (cette dernière possibilité ne faisant pas, bien entendu, partie du cadre énoncé dans l'arrêt)?

(3) La Commission devrait-elle avoir uniquement pour fonction de fixer le salaire et les avantages sociaux des juges ou devrait-elle également avoir le pouvoir d'examiner des questions comme celles de savoir si les juges doivent recevoir un salaire fixe, rajusté selon les années de service ou rajusté annuellement selon certains principes liés au mérite?

(4) Les Commissions sur la rémunération devaient-elles être tenues d'agir à titre de fiduciaire en vue d'équilibrer certains des intérêts différents en ce qui a trait à la rémunération (salaire et pension de

22

(2) D'autres estiment que le modèle permet de régler un large éventail de questions touchant les relations entre le pouvoir exécutif et le

société;

(1) Certain(e)s croient que le jugement ne devrait viser que les questions directement liées à la rémunération et aux avantages

ordres :

que proposées dans la décision de la Cour suprême, ont été de trois

Les avis sur le mandat des Commissions sur la rémunération, telles le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif.

Le pouvoir pourrait être jugé comme une réunion institutionnelle entre interprétation large de la décision de la Cour suprême, même la Table contexte. Plusieurs ont constaté, en effet, que si l'on faisait une sur la rémunération et dont on ne devrait pas discuter dans un autre étaient les questions qui devraient être tranchées par les Commissions elles ne pouvaient pas, bien entendu, préciser avec certitude quelles D'autres participant(e)s ont adopté un point de vue contraire. Ils et genres de questions.

Commissions pourraient élargir leur mandat de façon à traiter d'autres de questions que les Commissions devraient régler, mais aussi que les suprême. Un bon nombre ont souligné qu'il existe un nombre minimal rémunération, telle qu'elle a été définie dans la décision de la Cour pourraient ou devraient être renvoyées à la Commission sur la Divers avis ont été exprimés sur la gamme des questions qui l'organisation judiciaire.

Leurs efforts sur d'autres questions, tout aussi importantes, liées à exécutif et la magistrature en ce sens qu'il leur permettrait de concentrer distinct améliorerait considérablement les relations entre le pouvoir la question litigieuse relative à la rémunération des juges à un processus La plupart des parties ont toutefois indiqué que le renvoi de controverses auprès des érudit(e)s et des médias.

D'apprendre que la décision de la Cour suprême suscitait autant de le processus parlementaire. Certains juges ont été étonné(e)s D'autres se sont interrogés sur l'incidence qu'aura cette exigence sur

travail productives et efficaces peuvent être établies de façon à garantir la confiance du public dans l'indépendance du processus judiciaire.

Comme on aurait pu le prévoir lors d'une discussion sur les questions à portée financière, un certain nombre de commentaires détaillés portaient exclusivement sur l'incidence de ce jugement sur la rémunération des juges. Les questions de rétroactivité, de contributions aux pensions de retraite et des bénéfices marginaux ont suscité plusieurs interventions.

D'autres juges ont été, cependant, plus intéressé(e)s par les questions d'ordre procédurale. Ils et elles ont émis des réserves sur les processus existants ou sur les réponses aux processus antérieurs de détermination du salaire des juges.

Les discussions ont clairement fait ressortir l'insatisfaction qu'éprouvent un grand nombre de juges au regard de la situation actuelle dans leur rapport avec l'exécutif. Selon la plupart des participant(e)s, néanmoins, la décision de la Cour suprême accorde aux parties concernées l'occasion de revoir les relations existantes et de les rééquilibrer.

Commissions sur la rémunération

De l'avis général, la question de la rémunération des juges est devenue si difficile que la création de Commissions sur la rémunération, telle qu'elle a été envisagée dans le jugement de la Cour suprême, constituerait le seul moyen d'aborder efficacement cette question. Divers points de vue ont été, toutefois, exprimés quant à la sagesse de la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

D'aucun(e)s ont été troublé(e)s par le fait que la Cour suprême ait inventé de nouvelles exigences et leur ait donné un caractère constitutionnel obligatoire. Certain(e)s ont fait remarquer que l'exigence selon laquelle le pouvoir exécutif devait justifier son refus de suivre, le cas échéant, les recommandations de la Commission sur la rémunération aiderait à améliorer les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire parce qu'il rendrait le processus plus transparent.



du Comité consultatif de la Commission, Gerry Ferguson, ont présidé les quatre séances. MM. Macdonald et Owen, de concert avec cinq experts invités, les procureurs Elizabeth Ledinger, Danielle Pinard et Richard Simeon ainsi que M^{me} Trudy Govier et M. Nicholas d'Ombrain, ont présenté des documents.

Sujets de discussion généraux

Une trentaine de participantes ont pris la parole pendant la journée, y compris des juges en chef, d'autres membres de la magistrature, des sous-procureurs généraux, des fonctionnaires des organismes centraux et des représentant(e)s d'autres organismes. Bien que la journée a été structurée autour de quatre thèmes, la discussion ne s'y est pas limitée. Chaque séance a touché à tous les thèmes identifiés au programme provisoire.

Les remarques formulées étaient de trois types. Elles ont porté sur :

(1) le passé, (2) le présent et (3) l'avenir.

Un certain nombre de participant(e)s ont exposé leur point de vue sur l'origine du litige en question et l'utilité de la Table ronde pour faciliter la discussion sur les nouvelles exigences constitutionnelles découlant de la décision rendue par la Cour suprême du Canada. Ces personnes ont parlé aux membres de la magistrature ou de l'appareil exécutif) directement visées par le processus de détermination du salaire d'exprimer leurs préoccupations.

(Quelques participant(e)s ont envisagé la Table ronde d'un autre angle. Ils et elles ont soulevé des questions sur l'état actuel des procédures dans les diverses provinces et territoires et sur les mesures qui étaient prises pour répondre à l'arrêt de la Cour suprême. Ces interventions avaient pour objectif principal de faciliter l'échange d'information sur les diverses possibilités d'établissement de Commissions de rémunération.

D'autres ont cherché à engager des discussions sur le genre de relations entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif qui résulteraient du jugement. Ils et elles ont parlé des exigences relatives à l'indépendance de la magistrature et du contexte dans lequel des relations de

Les documents préparés par la *Commission du droit du Canada* à l'intention des participant(e)s de la Table ronde ont indiqué qu'aucun compte rendu officiel de la réunion ne serait rédigé. À l'issue de celle-ci, plusieurs participant(e)s ont toutefois demandé à la *Commission du droit du Canada* de préparer un résumé des discussions de la journée afin de le distribuer aux personnes présentes et à ceux et celles qui s'intéressent aux questions abordées à la Table ronde.

C'est avec cette suggestion en tête que la *Commission du droit du Canada* a fait circuler un résumé peu après. Le présent document est une mise-à-jour de ce résumé. Il se veut ni un compte rendu de la Table ronde ni une collection des opinions exprimées par un(e) participant(e) en particulier. Il s'agit plutôt des observations formulées par les trois commissaires de la *Commission du droit du Canada* qui étaient présents à la Table ronde, rien de plus.

Participant(e)s

Environ 70 personnes provenant de divers groupes intéressés ont assisté à la Table ronde. Au nombre de ses participant(e)s se trouvaient quatre membres du Conseil canadien de la magistrature, la plupart des juges en chef des cours provinciales et territoriales du Canada, un certain nombre de représentant(e)s de la Conférence canadienne des juges, ainsi que plusieurs fonctionnaires et représentant(e)s provinciaux de sous-procureurs généraux ou leurs délégué(e)s de dix des treize administrations canadiennes, divers représentant(e)s des organismes centraux et d'organismes qui s'intéressent aux affaires judiciaires ainsi que des personnes qui sont préoccupées par la rémunération des juges ou qui possèdent des connaissances spécialisées dans ce domaine ont assisté à la Table ronde.

Trois commissaires de la *Commission du droit du Canada*, soit Roderick Macdonald, Nathalie Des Rosiers et Stephen Owen, c.r., et un membre



⁵ Par exemple, voir la *Crown Counsel Act*, S.B.C. 1991, c. 10, art. 5 et 6, selon lesquels le procureur général ou le sous-procureur général peut donner des renseignements en matière de poursuites ou à l'égard d'une affaire en particulier au chef du service des poursuites, mais celles-ci doivent être données par écrit et publiées dans *La Gazette du Canada*.

et le respect avec les juges en chef. Cela devrait prendre la forme d'un échange confidentiel, constructif et continu d'idées, de besoins et de préoccupations en vue de l'administration conjointe efficace des attributions qui se chevauchent et qui sont interdépendantes. Les initiatives de réforme de la justice, les questions de retards (spécialement dans les affaires criminelles et les affaires de protection de l'enfance), les nominations judiciaires, les modifications législatives susceptibles d'intensifier les pressions sur les tribunaux et les plans judiciaires d'action sont autant de sujets importants pour un tel dialogue. À défaut de ces relations, aucun système équilibré ne pourra veiller à l'accomplissement sans heurt des responsabilités conjointes.

On devrait envisager la création d'un organisme indépendant de services judiciaires sous l'égide d'une administration supérieure responsable devant la magistrature et qui interagirait en son nom avec le pouvoir exécutif (par ex. ministre du Procureur général et du Conseil du Trésor). Toutefois, une telle mesure, bien qu'elle réussisse ailleurs, ne résoudra vraisemblablement pas les frictions en l'absence de relations positives avec le sous-procureur général dont nous avons fait état ci-dessus.

Enfin, la commission indépendante envisagée par la Cour suprême dans l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales* pourrait avoir un but plus large, à savoir celui de faciliter la collaboration et résoudre les conflits entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. À mon avis, ces commissions feront la preuve de leur valeur en ce qui a trait aux questions relativement directes concernant la rémunération et, par conséquent, se proposeront elles-mêmes comme endroits opportuns pour la résolution en toute sécurité des questions plus complexes.

¹ *Kenvoi relatif à la rémunération des juges des Cours provinciales de l'Île-du-Prince-Édouard* [1997] 3 R.C.S. 3 (d'oresnavant, l'arrêt sur les juges des cours provinciales).

² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 14.

³ *R. c. Valente* [1985] 2 R.C.S. 673 à la page 712, le juge LeDain.

⁴ *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, al. 2 b) et c).



questions publiques controversées et le fait que la suprématie de la Courne sur sous-maître judiciaire peuvent exposer la magistrature à la critique politique. La fréquence accrue des cas où une) juge retourne à la pratique active et souvent prestigieuse du droit peut rendre floues les distinctions entre la magistrature et la profession d'avocat(e).

Moyens à venir

L'éducation du public et le dialogue sur le système judiciaire sont —sensibles pourqu'il soit bien compris, compte tenu de son importance fondamentale pour notre système de gouvernement, il est extra-ordinaire que si peu d'attention lui soit accordée dans le programme scolaire. Les juges et les procureurs généraux devraient être des chefs de file pour construire et maintenir un débat public sur les questions juridiques et non pas seulement des personnes qui se contentent de régler les litiges ministres. Cette coopération aura pour effet d'améliorer la compréhension et le respect qui sont nécessaires pour construire des relations positives.

Les responsabilités politiques actuelles du procureur général rendent difficiles la communication et la collaboration avec la magistrature. Les responsabilités quasi-judiciaires et indépendantes du procureur général devraient être soulignées, peut-être en séparant ce rôle des fonctions exécutives qu'il exerce comme membre du Cabinet et ministre de la Justice. Le procureur général peut continuer d'agir à titre de conseiller juridique du gouvernement sans avoir des responsabilités directes en matière d'élaboration et de mise en œuvre des politiques.

Quoi qu'il en soit, les rôles que remplit le procureur général en matière d'administration des tribunaux et de soutien judiciaire devraient être aussi indépendants que l'est celui qu'il remplit en matière de poursuites criminelles, et s'accompagner de protections législatives contre l'apparence ou la possibilité d'ingérence indues.

Le sous-procureur général, en qualité de haut fonctionnaire non politique chargé de l'administration de la justice, des services judiciaires et du soutien à l'indépendance de la magistrature, devrait travailler en étroite collaboration et établir des relations marquées par la confiance

administratives et consultatives. Lorsque le procureur général fait droit à une contestation de la législation fondée sur la *Charte*, exerce-t-il(elle) un pouvoir quasi-judiciaire valide, empêche-t-il(elle) sur la responsabilité judiciaire d'interpréter le droit, usurpe-t-il(elle) la fonction du législateur ou prive-t-il(elle) le client à savoir l'exécutif, d'une défense?

La responsabilité du procureur général consistant à administrer les services judiciaires et à appuyer la fonction judiciaire peut empiéter sur le rôle judiciaire indépendant. Il en est ainsi surtout à cause des pressions actuelles visant à restreindre et à refondre le système judiciaire que beaucoup estiment trop onéreux, trop lent et trop complexe. Les tentatives que font la magistrature et le pouvoir exécutif pour diminuer les pressions qui s'exercent sur les tribunaux civils et criminels en réduisant le nombre de litiges et en favorisant leur règlement hâtif demandent une action concertée pour recueillir et analyser des données, essayer de nouvelles approches, établir des services de complément et de soutien judiciaires et déterminer les meilleures pratiques dans l'ensemble du pays. Cette interdépendance accroit à la fois les frictions possibles et le besoin de collaboration.

Les compensations nécessaires de l'indépendance et de la responsabilité judiciaires soulèvent des problèmes spéciaux. Une hiérarchie des responsabilités parfaitement comprise améliore le respect public envers tout appareil indépendant. Les processus de nomination, les conseils judiciaires, les codes de conduite, l'éducation et les processus de gestion des tribunaux font l'objet d'une grande attention, tout comme la rémunération des juges et les services de soutien judiciaire. La vulnérabilité particulière des juges aux critiques publiques, qu'elles soient individuellement justifiées mais injustement généralisées, ou superflues et dérisoires, rend la notion d'indépendance judiciaire encore plus complexe.

Le fait qu'un(e) juge tienne le rôle de gestionnaire de cas, de médiateur, de commissaire d'enquête publique, de surveillant(e) des faillites ou de commentateur des médias peut brouiller l'impression qu'ont le public et le pouvoir exécutif de la fonction judiciaire et faire en sorte que son indépendance soit moins comprise. L'abdication par le pouvoir exécutif du rôle qu'il devrait jouer dans le règlement des

La responsabilité constitutionnelle des provinces en matière d'administration de la justice ni du rôle qui incombe au procureur général – de veiller à ce que l'administration des affaires publiques soit conforme à la loi – et « d'exercer une surveillance sur toutes les questions ressortissant à l'administration de la justice »⁴. L'ouï l'interdépendance et le besoin de confiance et de respect entre les pouvoirs gouvernementaux.

Toutefois, la nature fondamentale de la primauté du droit dans une démocratie n'est pas bien comprise par le public, y compris de nombreux membres du gouvernement. Les services sociaux et les structures économiques et politiques que nous considérons essentiels dans notre société sont, néanmoins, un produit de la stabilité et de la responsabilité que garantissent des lois et des procédés juridiques établis d'une manière démocratique et applicables à tous, y compris le gouvernement. Lorsque les budgets sont réduits, le gouvernement est rarement enclin à répondre aux appels en faveur de l'isolement du système de justice qui, aux yeux de plusieurs, a reçu un traitement spécial par le passé. Le sentiment est amplifié par un ressentiment public général à l'endroit des privilèges. Le mot « élite » évoque rarement, aujourd'hui, le leadership, l'excellence et le sacrifice : il évoque plutôt un statut non mérité et une influence disproportionnée. Dans ce climat, prendre les juges pour cible peut être une bonne stratégie; il est peu probable que ce soit une politique publique judicieuse.

Questions

exécutoire est nécessaire pour que soient remplies les obligations prévues à l'article 114 de la *Charte* en matière de justice criminelle, lesquelles sont étendues à « toutes les poursuites judiciaires » en vertu des engagements internationaux⁵. Cependant, ce « contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires »⁶ n'est pas nettement séparé de la responsabilité constitutionnelle des provinces en matière d'administration de la justice ni du rôle qui incombe au procureur général – de veiller à ce que l'administration des affaires publiques soit conforme à la loi – et « d'exercer une surveillance sur toutes les questions ressortissant à l'administration de la justice »⁷. L'ouï l'interdépendance et le besoin de confiance et de respect entre les pouvoirs gouvernementaux.



Où allons-nous maintenant? Établir les bases de la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature

Stephen Owen, c.r.

Introduction

La question de la rémunération des juges et du processus adapté pour l'établir afin de ne pas porter atteinte à l'indépendance de la magistrature est peut-être la tension la plus facile à soulager dans la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature. Les questions sont quantifiables, comparables et susceptibles d'être expliquées. La Cour suprême du Canada a énoncé les critères visant à guider ce processus, et les gouvernements provinciaux et fédéral les respectent¹.

Dans son excellent document, Trudy Govier a situé le débat sur la relation entre le pouvoir exécutif et la magistrature dans le contexte plus général de l'interaction humaine, où la confiance et la compréhension de l'interdépendance, même parmi ceux et celles qui assument des rôles officiellement indépendants, sont nécessaires pour établir des rapports sociaux positifs. Elle fait observer que le parti pris négatif résultant de l'attention disproportionnée que nous accordons aux actes fautifs des autres perturbe nos espoirs de bon comportement approprié. Toutefois, le cynisme qui en résulte est peut-être autolimitatif. Si nous nous attendons au mal, nous devons tôt ou tard commencer à remonter la pente et nous réjouir en constatant avec surprise que le bien est beaucoup plus fréquent. Cette reconnaissance est la base du respect nécessaire pour favoriser les rapports positifs. J'aimerais faire le lien entre ces observations générales et l'interaction du pouvoir exécutif et de la magistrature.

L'indépendance du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif (et du pouvoir législatif, dans la mesure où il n'est pas déjà assujéti au pouvoir



durable plutôt qu'aux personnes qui sont en poste. Toutefois, dans des cas particuliers, celles-ci peuvent être plus importantes que celles-là.

⁹ Ce point a été traité dans la présentation de Roderick Macdonald. Les façons dont nous dépendons les uns des autres pour des informations et des compétences sont décrites au chapitre 3 de *Social Trust and Human Communities*, *prette note 1*.

¹⁰ Intervention de l'honorable Ted Hughes à la Table ronde.

- (d) la compréhension que les *attitudes* (confiance, méfiance, respect et manque de respect surtout) peuvent empirer ou améliorer les situations et les relations;
- (e) la souplesse et la *transparence*.

¹ J'ai fait valoir ce point en détail dans l'article intitulé *Social Trust and Human Communities* (Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1997).

² Voir notamment Ann-Mari Seljeborg, « On Modern Confidence » (1982) 25 *Acta Sociologica* 39 et Niklas Luhmann, *Trust and Power* (traduit par H. Davies, J.F. Raffman et Kathryn Rooney) (London: John Wiley and Sons, 1979).

³ Cette interdépendance a été mentionnée par d'autres participants à la Table ronde, notamment par Roderick Macdonald, Stephen Owen et Richard Simeon. Point souligné par Richard Simeon dans sa présentation.

⁵ C'est-à-dire qu'une fois nommée juge, une personne ne peut être destituée de ses fonctions par le pouvoir du gouvernement. Par conséquent, dans le cas d'une relation acrimonieuse entre les juges et des autorités gouvernementales découlant de la question de la rémunération ou de toute autre question, s'il y a de la méfiance exprimée notamment dans les procès, on ne pourra mettre fin à cette méfiance en mettant fin à la relation. La relation va continuer d'exister, avec plus ou moins d'efforts pour la gérer, ou (si on est plus optimiste) la méfiance sera abolie par une amélioration de la relation.

⁶ Dans sa présentation, Nicholas d'Ombrai signale que les gouvernements ont l'habitude de prendre des décisions et d'avoir des solutions de rechange. La décision de la Cour suprême selon laquelle des commissions sur la rémunération doivent faire des recommandations sur la question de la rémunération de la magistrature place les gouvernements dans une situation bien différente. D'Ombrai a prédit que les gouvernements auraient du mal à accepter de ne pas avoir le contrôle dans ce contexte.

⁷ Dale E. Zand, « Trust and Managerial Problem Solving » (1972) 17 *Administrative Science Quarterly* 229.

⁸ Comme l'a dit Richard Simeon, personne non plus n'est à l'épreuve des institutions. Les institutions ont une influence sur les personnes qui ont une influence sur les institutions. Étant donné que les titulaires de postes changent plus souvent que les postes mêmes, il semble opportun d'accorder plus d'importance à l'élaboration des institutions en tant que facteur de portée



(a) l'indépendance des rôles et des personnes qui exercent ces rôles;

(b) la nécessité de respecter les connaissances, les habiletés et le dévouement de ceux qui exercent les rôles en question;

(c) la compréhension des contraintes situationnelles qui vont de pair avec divers rôles et la reconnaissance du fait que les individus ne sont pas responsables de ces contraintes situationnelles;

Quant aux changements et aux défis récents dans le domaine de la rémunération des juges et de la relation entre la magistrature et les autres pouvoirs du gouvernement au Canada, il peut y avoir une amélioration des relations si les responsables sont sensibilisés aux forces dynamiques et cherchent à améliorer ces relations. Il faut apporter une attention particulière aux aspects suivants :

concernant ces attitudes découlent du type de personnalité, des rôles et des relations humaines ainsi que de facteurs plus objectifs. Face à une nouvelle situation, nous avons de nouvelles possibilités d'action et celles-ci engendrent de nouvelles possibilités de réactions. Ces réactions à leur tour influent sur nos attitudes, nos actions et nos croyances ainsi que sur celles des autres. Les réactions entraînent à leur tour d'autres circonstances et d'autres conditions. La réflexivité et l'interactivité apparaissent à chaque étape. C'est au cours de cette interactivité et de cette réflexivité que peuvent surgir des mouvements descendants dans les relations, des situations où la méfiance engendre l'hostilité et que d'autres conflits et sentiments de méfiance surgissent dans un processus vicieux et sans fin. Mais les caractéristiques de l'interactivité et de la réflexivité peuvent aussi agir dans l'autre sens, de sorte que des situations ou des relations peuvent connaître des améliorations rapides et positives.



humains doivent délibérer sur les facteurs pertinents qui ont trait au statut et à la rémunération et faire une recommandation, à un moment donné, d'autres êtres humains doivent décider si on accepte cette recommandation, et (comme tenu d'une situation où le gouvernement essaie d'influer la recommandation d'une commission) d'autres êtres humains doivent décider à leur tour si cette décision est *raisonnable*. On ne peut contourner le mécanisme de décisions prises par des humains et auxquelles des humains réagissent. Il n'existe pas de machine divine ou infaillible capable de décider à notre place et, quand des personnes ont à prendre des décisions, elles dépendent d'autres pour ce qui est de l'information, l'appui, l'interprétation et d'une réponse raisonnée⁹. Les commissions créées à la demande de la Cour suprême peuvent aider à éviter le type de malaise qui découle de poursuites en justice, mais elles ne peuvent éliminer le besoin de faire appel au discernement, à la confiance et à la fiabilité d'êtres humains.

Les situations ne sont pas immuables; elles sont fluides, changeantes et peuvent être changées. Un intervenant à la Table ronde a raconté l'histoire d'une relation acrimonieuse entre des fonctionnaires et la magistrature dans laquelle il avait pu intervenir. Il l'avait fait en discutant pendant quelques heures avec les personnes concernées tout en buvant de la bière et en mangeant de la pizza. Cette conversation avait eu des effets bénéfiques énormes. Nous pouvons comprendre un tel revirement lorsque nous constatons l'effet que nous avons les uns sur les autres par nos émotions, nos attitudes et nos actions. La conduite des personnes dépend en grande partie de la façon dont elles sont traitées. Celles qu'on traite avec confiance et respect sont plus aptes à se conduire d'une façon compétente et digne de confiance. Lorsqu'un homme qui se méfiait d'une autre personne ou éprouvait du ressentiment à son égard apprend à la voir comme une personne amicale et bien intentionnée, sa perception du comportement de cette personne sera bien différente et ce changement de perception est susceptible de renforcer une attitude plus positive. Ces changements auront vraisemblablement un effet bénéfique dans les deux sens¹⁰.

Ce que nous ressentons, croyons et faisons a une incidence sur d'autres personnes et sur ce qu'elles ressentent, croient et font. Nos attitudes ont donc une grande influence dans les situations qui nous

postes des milieux parlementaires qui sont dans l'affaire. Nous devons tâcher d'éviter de telles tragédies entre les principaux intervenants que sont la magistrature et la fonction publique.

(On peut limiter la tragédie des rôles :

(a) en faisant clairement la distinction entre la personne et le rôle que joue cette personne;

(b) en se souvenant qu'une même personne joue plusieurs rôles (un juge peut être à la fois un parent, un fils, un membre d'une

commission, etc.);

(c) en comprenant comment notre rôle ou nos rôles limitent notre point de vue; et

(d) en comprenant que certains motifs et points de vue sont inhérents à certains rôles et ne devraient pas servir de fondement au manque de respect envers ceux qui les exercent.

Dans les périodes de stress et de changement, les conflits et les soupçons sont plus fréquents et il faut davantage d'attention et d'effort pour les éviter. Étant donné la grande complexité des sociétés modernes et la diversité des rôles forts interdépendants qu'on y trouve, il faut faire des efforts pour préserver ou améliorer les relations. La confiance du public dans les divers pouvoirs du gouvernement et dans la magistrature sera grandement ébranlée si les relations entre les personnes dans des rôles différenciés se détériorent. Une des choses qui pourrait vraisemblablement miner la confiance du public est une situation où, dans la perception du public, ces pouvoirs perdent un temps précieux et toutes leurs énergies à se disputer entre eux.

Il n'y a pas d'institutions à l'épreuve des personnes⁸. Pour que nos institutions fonctionnent de façon juste et efficace et méritent la confiance du public, ceux qui exercent des rôles divers devraient pouvoir se respecter, se faire mutuellement confiance et coopérer de bon gré. On ne peut se passer de la compréhension mutuelle, de la confiance et du respect. La création de commissions chargées de faire des recommandations sur la question du traitement des juges n'aura pas pour effet d'éliminer le besoin de respect mutuel, de compréhension et de confiance; il ne fera que le déplacer. À un moment donné, des êtres

Des conflits peuvent surgir des points de vue et des intérêts différents liés aux différents rôles. Par exemple, il appartient au doyen de fixer le nombre de postes pour chaque département, et au directeur d'un département de travailler pour le bien de son département la nature même de leurs rôles respectifs les met donc en conflit. Il peut y avoir des analogies entre le rôle des juges et d'autres rôles.

Bien qu'on le fasse souvent, il n'est pas très sensé, en fin de compte, de reprocher aux gens de former des points de vue selon les rôles qui définissent une bonne partie de leur vie. Une mère, par exemple, dépense beaucoup d'énergie à prendre soin des autres. C'est le rôle du directeur d'école de ramener à l'ordre les étudiants dont la conduite est désordonnée. Il n'est donc pas très sensé de critiquer une mère parce qu'elle a tendance à se préoccuper des intérêts des autres ou un directeur parce qu'il en est venu à croire qu'il doit intervenir lorsqu'il y a conduite désordonnée dans les situations de conflit. Dans le cas qui nous intéresse, il ne serait pas judicieux et nécessaire de lier les fonctionnaires, les hommes politiques et les juges les uns contre les autres. Il ne fait aucun doute que les fonctions, les talents et même les valeurs liés à ces rôles diffèrent, toutefois ces différences ne devraient pas être source de ressentiment et de méfiance.

On pourrait appeler la **tragédie des rôles** les conflits qui surgissent entre des personnes dont les rôles sont, en fin de compte, interdépendants. Pour illustrer cette tragédie, prenons un exemple familier dans un contexte universitaire. Le directeur du département éprouve du ressentiment à l'endroit du doyen parce que celui-ci refuse d'accorder les fonds requis pour l'embauche du personnel supplémentaire pour un nouveau programme. Le doyen n'appécie pas le directeur en raison de ses tentatives répétées et quelque peu agressives en vue d'obtenir les fonds nécessaires pour le nouveau programme alors que le doyen fait face à d'importantes pressions de n'attribuer qu'aux programmes actuels les fonds reconnus par tous comme nécessaires. La dynamique qui existe dans une situation de ce genre est tout à fait normale. Toutefois, on pourrait dire que cette situation est tragique parce qu'elle presse les personnes les uns contre les autres du simple fait qu'elles font leur travail. Ces conflits s'aggravent lorsque les intérêts associent les personnalités aux postes et en viennent à voir chez les titulaires de



Lorsque des collègues de travail ne peuvent se fier les uns aux autres, des problèmes désagréables et embarrassants surgissent, tels qu'un malaise, une gêne, une crainte, une insécurité, des malentendus, de mauvaises communications, des complexités inutiles, des erreurs, un manque de coopération et une restriction des activités. Selon une étude sur la gestion menée en 1972, dans un groupe où le chef avait la confiance des membres, la résolution des problèmes se faisait dans un climat d'ouverture et de créativité. Par contre, dans un groupe comparable où le chef n'avait pas la confiance des membres, chacun travaillait de façon à réduire les risques pour eux-mêmes. Les membres du groupe voyaient le gestionnaire comme tâchant d'avoir le contrôle; ils se méfiaient de lui et par conséquent chacun travaillait de façon à courtir le moins de risque possible. Cette attitude les privait de toute créativité; les limitait aux nouvelles idées et les rendaient intransigeants dans leur façon de penser.

Des mesures comme la recherche du contrôle, des règlements plus contraignants, la sous-traitance d'éléments du service et la souscription d'assurance sont des stratégies visant à gérer et à contrôler la méfiance. Toutefois, ces stratégies ne peuvent éliminer complètement les difficultés dans les relations où règne la méfiance. Lorsque des gens qui se méfient les uns des autres continuent à travailler ensemble, ils doivent si possible essayer de vaincre leur méfiance sinon leur style de travail deviendra stérile du point de vue de la créativité, désagréable, axé sur l'absence de risque et inefficace.

Des rôles différents exigent des talents et des intérêts différents et donnent un point de vue différent sur le monde. Par exemple, si une famille achète une trampoline, les parents vont y voir une source d'amusement pour les enfants à la maison; un philosophe pourrait se demander sur quels principes les enfants vont s'appuyer afin de partager équitablement le temps sur l'appareil; un médecin ou un orthodontiste pourrait voir là un danger de blessure; un professeur d'éducation physique, une façon de se mettre en forme; un avocat, une cause de poursuites. Il est bien évident que les juges, les législateurs et les fonctionnaires ont des rôles distincts. Des talents et des intérêts différents sont requis pour jouer ces rôles et des points de vue différents auront tendance à en découler.

interdépendants. Ils remplissent leurs fonctions comme ils le font parce qu'ils travaillent en collaboration. Le fonctionnement efficace du système et la confiance du public dans ce système présupposent que les personnes qui remplissent les fonctions peuvent être certaines que chacun fera son travail avec compétence et intégrité et faire suffisamment confiance aux autres pour travailler ensemble en collaboration et de façon efficace. Si des différends au sujet du traitement ou d'autres questions devaient s'aggraver au point où le fonctionnement interdépendant était menacé, ce serait très grave. La magistrature ne travaillerait pas en vase clos; et même si cela était souhaitable, ce ne serait pas possible⁴. Nous devons examiner la question de l'indépendance de la magistrature parce que la question de la rémunération des juges, qui est un aspect de cette indépendance, est devenue un sujet controversé et le point central de la décision de la Cour suprême dont nous parlons. Mais encore faut-il que la question de l'**indépendance** soit bien comprise dans le contexte de l'**interdépendance** entre les institutions judiciaires et de nombreuses autres institutions.

L'accent mis sur l'interdépendance réalisable et sur la fréquence avec laquelle nous faisons confiance à d'autres personnes et comptons sur elles pour exercer nos fonctions de façon responsable et compétente ne sert pas à nier l'existence de la méfiance à bien des égards, ni à laisser entendre que cette méfiance n'est pas justifiée. Les problèmes de confiance ne se règlent pas facilement, aussi est-il fort tentant d'essayer de les éviter. Nous pouvons parfois le faire en mettant fin à la relation en question. Toutefois, ces ruptures sont rarement possibles quand il s'agit de personnes qui travaillent ensemble. Les juges doivent exercer leurs fonctions dans des administrations où des politiciens sont élus à une assemblée législative par suffrages exprimés et où les fonctionnaires font leur travail sous la direction de ces « maîtres de la politique ». Les juges n'ont aucune influence quant au choix des personnes qui occuperont ces postes; ils ne peuvent non plus contrôler le programme politique. Par ailleurs, les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement ne peuvent décider qui est un juge ni quelles sont les convictions des juges et les décisions qu'ils prendront⁵. Cette absence de contrôle peut parfois être difficile à accepter⁶.



gouvernementales. Dans les sociétés modernes comme le Canada, notre confiance repose en grande partie sur des rôles et des institutions. Parmi celles-ci, les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif du gouvernement sont d'une importance capitale.

Dans une société moderne, nous interagissons fréquemment avec des institutions. Nous entretenons non seulement des liens explicites avec elles, le genre quand on fait sa déclaration d'impôt à Revenu (Canada) ou implicites (comme quand on achète de la viande emballée et transportée conformément aux règlements gouvernementaux). De plus, bon nombre d'entre nous travaillent dans un cadre institutionnel. Nous sommes donc liés à des institutions en qualité de consommateurs ou d'utilisateurs mais aussi en qualité d'agents, puisque les activités des personnes qui jouent un rôle professionnel donné au sein d'une institution contribuent à faire de l'institution ce qu'elle est.

La capacité d'une personne d'agir dans un rôle donné est fonction de la habileté et de l'efficacité d'autres personnes qui remplissent d'autres rôles. Par exemple, une institutrice ne peut faire son travail de façon efficace que si les parents préparent convenablement les enfants pour l'école, si les enfants sont prêts à apprendre, si le directeur administratif et si le conseil scolaire et le gouvernement élaborent les grandes politiques et accordent les fonds. *Nul ne peut faire un bon travail ou réaliser quoi que ce soit tout seul.* Cette pensée s'applique autant aux membres de la magistrature et de la fonction publique qu'à toute autre personne. En tant que question constitutionnelle, l'indépendance de la magistrature signifie que les juges doivent être libres de toute ingérence du pouvoir législatif et exécutif. Mais cela ne veut pas dire que les juges sont indépendants dans tous les sens du terme.

L'indépendance et l'indépendance sont les caractéristiques du rôle de la magistrature. Si les législateurs ne passaient pas de lois et n'accorderaient pas de fonds, si les professeurs ne formaient pas les étudiants en droit, si les policiers n'apprennent pas les contre-venants et si les fonctionnaires n'administreraient pas les ministères concernés du gouvernement et n'entretenaient pas les édifices où se trouvent les tribunaux, la magistrature ne pourrait pas fonctionner comme elle le fait. Ces rôles de législateur, de professeur, d'étudiant, de policier et de fonctionnaire — et les personnes qui les assument — sont

semblable la confiance que l'on place dans les collectivités et les institutions.

Parler de la **confiance du public** dans la magistrature c'est, en fait, sous-entendre que la plupart des membres du public lui font confiance, qu'ils supposent que les juges agissent avec intégrité et compétence. Au cœur même de cette confiance est l'assurance que les juges sont impartiaux et qu'ils ne sont pas soumis à des pressions de la part des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Dans ce contexte, la décision récente de la Cour suprême du Canada sur le traitement des juges selon laquelle des commissions doivent faire des recommandations sur cette question vise à assurer que les juges ne seront pas en position de négocier leur salaire avec les gouvernements, ou tentés de le faire, et que la rémunération des juges sera fonction de leur statut social et du besoin qu'ils soient à l'abri, et qu'ils soient perçus comme étant à l'abri, de toute tentative d'ingérence. Pour que la population canadienne ait confiance dans la magistrature et dans la primauté du droit, il faut que la magistrature soit vue comme étant compétente, motivée, impartiale et indépendante en ce sens que les juges ne sont pas soumis, dans les décisions qu'ils ont à prendre, aux ingérences des autorités exécutives et législatives du gouvernement.

Dans les sociétés traditionnelles des villages, la confiance repose sur les relations et les connaissances personnelles. Dans les sociétés complexes modernes, par contre, il faut se fier à des personnes qui sont de purs étrangers ou presque. La façon de faire des achats illustre ce contraste. Dans un village, les gens achètent des biens de personnes qu'ils connaissent personnellement; ils font confiance aux produits et aux prix en raison de leurs connaissances et de leur expérience personnelle. Dans les sociétés modernes, nous devons interagir régulièrement avec des étrangers et de nombreuses affaires sont conduites avec des personnes que nous n'avons jamais vues et dont nous supposons qu'elles sont dignes de confiance — comme dans l'exemple du vol en avion. Quand des consommateurs canadiens achètent des produits, de la viande et des légumes par exemple, dans un supermarché tel Safeway ou IGA, ils font confiance à des personnes qu'ils ne connaissent pas ainsi qu'au fonctionnement et à la fiabilité des institutions — notamment, dans ce cas-ci, les agences d'inspection

Dans toute société moderne complexe, il y a plusieurs niveaux d'interdépendance entre les personnes en tant qu'individus et quant aux rôles sociaux ou professionnels qu'elles peuvent jouer. Parce qu'en général un rendement compétent et motivé est normal la plupart du temps, nous sommes portés à croire que les autres feront leur part. Nous tenons pour acquis que les personnes rempliront les rôles des postes qu'elles occupent avec compétence et intégrité. Comme l'ont dit des sociologues, la confiance, en ce sens, est « l'élément de cohésion de la société »¹. Nous avons cependant tendance à ne pas apprécier à sa juste valeur le rôle fondamental de la confiance dans une société moderne comme le Canada parce que la confiance passe inaperçue tant qu'elle n'a pas été trahie. Par conséquent, nous sommes portés à sous-estimer la fidélité, la fiabilité et l'interdépendance et à prêter davantage attention aux phénomènes négatifs—les bris de confiance.

Dans une démocratie comme le Canada, l'indépendance de la magistrature est primordiale et essentielle de la primauté du droit. Bien que la magistrature doive être indépendante du pouvoir exécutif, c'est-à-dire qu'elle doit bénéficier d'une autonomie administrative, de l'inamovibilité et d'une sécurité financière, il faut également que les membres de la magistrature entretiennent des liens d'interdépendance avec d'autres autorités gouvernementales et ils doivent, par conséquent, se fier à celles-ci. Le sentiment de dépendance est réciproque et requiert un certain degré de confiance.

On peut illustrer le besoin d'accorder sa confiance et l'universalité du sentiment de confiance dans une société complexe par un voyage en avion. En montant à bord d'un avion, nous devons implicitement mettre notre confiance dans le comportement compétent et approprié du pilote, du copilote, de l'équipage, du personnel de piste, des mécaniciens, des contrôleurs aériens, des services de sécurité



- 14 Jules Deschênes, *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1981).
- 15 *Ibid.* à la page 11.
- 16 Gordon Bermant et Russell R. Wheeler appellent ceci « responsabilité interne ». Voir G. Bermant et R.R. Wheeler, « Federal Judges and the Judicial Branch: Their independence and Accountability » (1995) 46 *Mercer law Journal* 835 à la page 848.
- 17 Voir Perry S. Milliar and Carl Baar, *Judicial Administration in Canada* (Kingston: McGill Queen's University Press, 1981).
- 18 Friedland, *précité* note 11 à la page 221.
- 19 *Report of the Ontario Courts Inquiry* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987).
- 20 *An Independent Judiciary: Report of the Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence: Executive Summary*, 1997, à la page 1.
- 21 Elle est composée du juge en chef, du président de la cour constitutionnelle, d'un autre juge, du membre du cabinet responsable de l'administration de la justice, de quatre avocats praticiens, de six membres de l'Assemblée nationale (dont trois doivent être membres de partis de l'opposition), de quatre délégués permanents du Conseil national des provinces et de quatre autres membres nommés par le président après consultation des chefs des partis de l'opposition.
- 22 *Constitution de la République d'Afrique du Sud*, 1996, art. 178.
- 23 Cité dans Friedland, *précité* note 11 à la page 29.
- 24 *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence*, 1997, à la page 2.

Judiciaire devrait reconnaître que tous les désaccords ne sont pas une menace à l'indépendance de la magistrature et que chaque question sur la façon dont il dépense l'argent n'est pas un acte d'hostilité²³.

¹ Cité dans L. Ralph Meacham, « Introduction: Mercer Law Review Symposium on Federal Judicial Independence » (1995) 46 *Mercer Law Review* à la page 637.

² *An Independent Judiciary: Report of the American Bar Association Commission on the Separation of Powers and Judicial Independence: Findings, Conclusions and Recommendations*, 1997, à la page 5.

³ [1997] 3 R.C.S. 3 à la page 81.

⁴ Comme le dit l'actuel juge en chef des États-Unis, le Congrès et les tribunaux sont deux « secteurs » qui sont « séparés sur le plan constitutionnel, mais dont le fonctionnement au jour le jour treme dans l'interdépendance [traduction]. » Voir Meacham, *précité* note 1 à la page 638.

⁵ Cité dans Martin H. Redish, « Federal Judicial Independence: Constitutional and Political Perspectives » (1995) 46 *Mercer Law Journal* 697.

⁶ *Ibid.*, *passim*.

⁷ Juge Timothy White, Cour provinciale de la Saskatchewan, « Responsible Governance: The Implications of Judicial Independence for Policy and Practice in the Provincial Courts in Canada » <http://www.acjnnet.org/capci/white.html>, à la page 4.

⁸ Voir Neil Nevitte, *The Decline of Deference: Canadian Values in Cross-national Perspective* (Peterborough: Broadview Press, 1996).

⁹ Juge en chef M. E. J. Black, Juge en chef, Cour fédérale de l'Australie, et « The State of the Courts in Australia », First Worldwide Common Law Judiciary Conference, Document 5. <http://www.primenet.com/~jldc/1stWorldwide/docs.html>, à la page 1.

¹⁰ L'Honorable Sir Gerald Brennan, juge en chef de l'Australie, « Opening Remarks: Judicial Independence », « The Australian Judicial Conference », Canberra, Australie, 2 novembre 1996 : http://www.anu.edu.au/law/dev/law_reform/jca/brennan.html.

¹¹ M.L. Friedland, *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995).

¹² Voir Black, *précité* note 9 aux pages 3-4.



Qu'on le veuille ou non, le système judiciaire est ce type d'organisation, comme l'association du barreau américain le dit dans son récent rapport sur l'indépendance de la magistrature, le défi pour le gouvernement consiste à superviser sans microgestion, et le pouvoir

changent plus rapidement de nos jours [traduction]²².

réussira pas dans les organisations plus fluides et plus souples qui responsables est, selon mon expérience du moins, une personne qui ne contrôle de toutes les ressources nécessaires pour exercer ses d'éliminer les ambiguïtés. Le gestionnaire qui prétend qu'il doit avoir le de partager efficacement les ressources, de travailler de concert et l'ensemble de l'organisation, le véritable défi... est de trouver des moyens Si nous voulons favoriser de plus hauts niveaux de responsabilité dans

proposition :

Therelland cite Hugh Arnold, un spécialiste en gestion, à l'appui de sa système de justice dans son ensemble.

conçue pour refléter un vaste éventail de facteurs essentiels pour le la transparence et la responsabilité peuvent être assurées. Elle peut être l'autre, grâce à sa procédure et aux liens hiérarchiques qu'elle suppose, possibilité que le ministère et les tribunaux travaillent l'un contre concernées dans le système judiciaire. Cette solution minimise la conseil permet de tenir compte de la diversité inhérente des parties la responsabilité administrative en un seul endroit. La composition du gouvernement et l'indépendance de la magistrature. Elle concentre le caractère ambigu de la ligne de séparation entre la responsabilité Elle reconnaît l'interdépendance plutôt que de la rejeter. Elle reconnaît C'est ce genre de solution que nous devrions, à mon sens, envisager.

l'administration de la justice »²¹.

gouvernement national - sur toute question liée à la magistrature ou à comptant divers représentants²⁰, et dont le rôle est de conseiller le L'Afrique du Sud a établi une commission des services judiciaires évaluerait les propositions législatives touchant les tribunaux¹⁹. di d'onges sur les pratiques, les procédures, l'administration, etc. et représenterait les trois pouvoirs, établissant des propositions à l'intention une commission nationale permanente sur les tribunaux fédéraux, qui Procureur général". L'Association du barreau américain a recommandé l'établissement d'une commission comprenant trois représentants du ministère du un comité selon les tribunaux de l'Ontario, preside par le juge en



lesquelles le dialogue pourrait contribuer à atténuer les tensions. Des égards et une coopération plus importants ne sont pas en eux-mêmes une garantie d'administration plus cohérente et efficace. Comme Miller et Baar l'indiquent, cela peut conduire « à une hésitation mutuelle à s'engager dans la zone interdite qui sépare les frontières mal définies du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire », et ainsi retarder « la mise en œuvre, la réforme et la modernisation de l'administration judiciaire »¹⁶. Friedland ajoute que les juges peuvent hésiter à innover sous prétexte que c'est le travail du gouvernement, alors que le gouvernement hésite à empiéter sur l'autorité judiciaire¹⁷. En outre, une coopération officieuse de cette sorte, derrière des portes closes, peut nuire à la perception de l'indépendance de la magistrature.

Une deuxième approche pourrait consister à clarifier le partage de la responsabilité entre les tribunaux et le gouvernement. Cela suppose la capacité de délimiter les aspects de l'administration judiciaire qui sont essentiels à l'indépendance décisionnelle des juges et les aspects qui doivent répondre à un intérêt public supérieur. Je ne pense pas qu'il soit possible de répartir les responsabilités aussi nettement.

Friedland propose donc l'établissement d'une troisième approche — la cogestion — cette approche reconnaît l'interdépendance intrinsèque des deux pouvoirs et l'impossibilité de les séparer. Elle reconnaît également, comme Martin Friedland l'indique, le besoin d'une coordination globale de l'ensemble de la magistrature.

Friedland propose l'établissement d'un conseil de gestion de la magistrature, semblable aux conseils d'administration des universités, qui représenterait les juges en chef des trois paliers de tribunaux, les autres juges, des membres du Barreau et quelques personnes de l'extérieur. Le président n'en serait pas un juge et les membres de l'extérieur constitueraient une faible majorité. Le conseil nommerait le gestionnaire en chef ou l'administrateur.

Plusieurs variantes de cette idée ont été publiées. Le conseil judiciaire proposé par le juge Deschênes serait en majorité composé de juges et ne serait pas nommé par le gouvernement. Il soumettrait son budget directement au pouvoir législatif. Le juge Thomas Zuber, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans son rapport de l'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de l'Ontario déposé en 1987, proposait



Les solutions se trouvent donc forcément en terrain médian. Là encore, il existe différentes possibilités. L'une d'elles consisterait simplement à établir des relations de coopération plus étroites dans

la gestion de la gestion de la magistrature au ministère du Procureur général est également inacceptable. Les cas qui sont à l'origine de la présente conférence ne sont que la pointe de l'iceberg en ce qui concerne l'insatisfaction qu'éprouvent tous et chacun à l'égard du statu quo.

La solution de rechange consistant à laisser pratiquement tous les juges ne voudront peut-être pas ou ne pourront pas accomplir devant le corps législatif et le public. C'est une tâche imposante que nous nous l'ouverture, la sensibilité, la transparence et la responsabilité institutionnel, plus ils devront établir leurs propres mécanismes

En fait, plus les tribunaux deviennent indépendants sur le plan importantes et essentielles qu'accomplissent les juges.

De plus, il y a beaucoup à dire sur le principe consistant à laisser aux juges le soin de juger. Il n'y a aucune raison d'attendre des juges qu'ils aient une aptitude, un intérêt ou une compétence particulière pour gérer les systèmes administratifs vastes, complexes et coûteux que sont devenus les tribunaux. Plus les tribunaux sont responsables de leur propre administration, plus il faudra consacrer d'énergie, de ressources et de temps à l'administration, et moins il y en aura pour les tâches

Cependant, comme je l'ai mentionné, il n'est ni possible ni souhaitable d'isoler les tribunaux si catégoriquement. Les tribunaux, comme je l'ai dit, font partie intrinsèque du secteur public et sont un maillon de la grande chaîne du système de justice. La responsabilité de l'ensemble du système judiciaire incombe au gouvernement et non aux tribunaux, tout comme la responsabilité de la gestion publique et des finances en général. C'est le gouvernement qui est responsable devant le corps législatif et devant les électeurs du fonctionnement général du système.

les tribunaux est également responsable de leur gestion, et il y a des tensions lorsque la direction du tribunal et le personnel de soutien se trouvent deux maîtres. Il peut être intrinsèquement indésirable qu'une institution ayant un ensemble de responsabilités soit en grande partie gérée par une autre institution ayant un ensemble différents de points de vue et d'intérêts.

canadien de la magistrature et intitulée *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*¹¹.

Il serait toutefois utile d'envisager les relations possibles selon un continuum. D'un côté, il y a l'autonomie et l'autosuggestion; les tribunaux devraient se diriger eux-mêmes. On pourrait parler de « parfait isolement ». De l'autre côté, il y a la gestion publique. Les juges jugent : le cadre dans lequel ils exercent cette fonction est établi et géré par le gouvernement. Au milieu, il y a diverses formes de gestion coopérative qui peuvent tendre vers le pouvoir et l'autonomie judiciaires ou s'en éloigner.

La gestion autonome semble généralement être adoptée dans la plupart des ressorts aux États-Unis et l'Australie s'est écartée de la responsabilité traditionnelle du Procureur général pour passer à un système « autonome sur le plan judiciaire » ou « auto-administré »¹². Ce système défendu avec beaucoup de vigueur au Canada par le juge en chef Jules Deschênes dans son rapport intitulé *Maîtres chez eux : une étude sur l'administration judiciaire autonome des tribunaux*¹³.

Pour que les juges soient indépendants, soutient-il, ils doivent jouir d'une indépendance institutionnelle. « Vis-à-vis l'État envahissant, encore faut-il que la magistrature jouisse également d'une indépendance collective, car une décision administrative d'ordre général peut, tout autant qu'une approche individuelle, affecter le magistrat dans l'exercice de sa fonction. Dans l'intérêt de notre société, le temps est arrivé où les membres de la magistrature doivent enfin être maîtres chez eux »¹⁴. Le degré voulu d'indépendance institutionnelle devrait être inscrit dans la constitution.

La progression vers cet objectif doit commencer par une plus grande consultation entre le gouvernement et la magistrature, suivie de décisions concertées, ce qui conduit finalement à une indépendance effective. Les tribunaux seraient régis par un conseil constitué en majorité de juges, qui ne serait pas nommé par le Cabinet et ne comprendrait pas non plus de ministres ou de représentants du gouvernement. Le principal administrateur du tribunal serait nommé par le conseil et serait responsable devant lui.

Il existe de solides arguments en faveur de cette position. Il y a des conflits d'intérêts possibles dus au fait que le procureur en chef devant



siégeux de la bureaucratie, assujettissant les pouvoirs dont l'exercice est susceptible de toucher les intérêts individuels aux exigences de

l'enquête procédurale.

Cette analyse montre qu'un vaste éventail de parties concernées est touché et intéressé par l'administration des tribunaux. Chacune apporte un point de vue et des préoccupations différents au débat. Le public est enclin à être le plus préoccupé des résultats — tant sur le plan de la fond que des procédures en ce qui a trait aux retards et autres. Il est aussi préoccupé par les coûts — non pas les coûts du système, mais les coûts que doivent assumer les défendeurs et les parties au litige. Les législateurs, en général, répondent aux préoccupations du public.

Les hauts fonctionnaires et les bureaucrates sont susceptibles de faire valoir que leur préoccupation majeure concerne avant tout les coûts et l'efficacité. Cela veut notamment dire qu'ils insistent fortement sur l'affectation et l'utilisation des ressources, la gestion efficace et l'adoption de la technologie de l'information. Les juges seront sans doute fondés de craindre que la primauté du droit et l'indépendance de la magistrature comme valeur essentielle permettant de garantir la primauté du droit, ne soient pas la préoccupation primordiale des bureaucrates chargés de la gestion du système judiciaire.

Les juges, certes, se préoccupent avant tout de ces questions ainsi que de la nécessité d'assurer le droit de regard de la magistrature sur les ressources, le personnel et les installations. Les bureaucrates auront sans doute raison de craindre que les juges ne se montrent pas disposés à s'inquiéter des coûts, de l'efficacité ou de la gestion efficace du personnel. Les bureaucrates pourraient fort bien avoir raison, du moins en partie, de penser que la magistrature est égocentrique, résistante au changement et méchante à l'endroit des nouvelles technologies et des tout nouveaux modes de gestion.

Si chacun de ces groupes a un enjeu et une responsabilité dans la santé du système judiciaire et si, comme je l'ai indiqué, le mot d'ordre est l'interdépendance, quels peuvent être les modèles d'interaction possibles? Je n'ai pas les connaissances nécessaires pour proposer un modèle idéal et je n'en ai pas non plus le temps. Plusieurs observateurs ont émis des propositions intéressantes, comme plus récemment et de façon utile Martin Friedland dans l'étude qu'il a rédigée pour le Conseil

facteurs politiques, mais plus des citoyens et des groupes divers sont enclins à les considérer simplement comme un autre ensemble des décideurs politiques assujettis aux mêmes contraintes que les autres décideurs.

En outre, il y a beaucoup d'autres préoccupations publiques — la criminalité et les peines, les coûts, les retards et ainsi de suite. En principe, le public revendique des changements auprès du corps législatif et du pouvoir exécutif en leur demandant d'intervenir. Plus les tribunaux semblent résister à ces préoccupations, plus il semble qu'un contrôle de gestion accru par les gouvernements soit justifié. Comme le juge White de la Saskatchewan l'a fait observer, « quelles que soient les subtilités du concept de l'indépendance de la magistrature, les intérêts des médias et du public exigent la responsabilité »⁷. Les tribunaux ne sont pas à l'abri de « la diminution de la déférence », qui amène les citoyens à se montrer plus critiques et exigeants vis-à-vis de toutes les institutions gouvernementales, y compris les tribunaux⁸. Ce phénomène est commun à toutes les sociétés modernes industrialisées. Comme le juge en chef de la Cour fédérale d'Australie le dit, l'évolution de la société a entraîné « un examen, un débat public et parfois des critiques, et ce dans une mesure généralement plus grande que par le passé »⁹.

L'efficacité et l'efficience soulèvent également de nombreuses préoccupations. Au cours des dernières années, l'impact sur les tribunaux du besoin plus général pour les gouvernements de contrôler les coûts et de réduire les dépenses s'est accentué. Malgré les victoires annoncées sur le déficit, ces pressions purement financières ne disparaîtront vraisemblablement pas. Il est également peu probable qu'elles soient uniquement imputables au plafonnement global des budgets des tribunaux, la recherche d'économies entraîne les gouvernements plus profondément dans l'administration interne, dans des domaines comme la dotation et l'utilisation efficace des installations. Cela a également incité les gouvernements à presser plus énergiquement les tribunaux à adopter des techniques de gestion plus « modernes », comme l'évaluation du rendement, et à adopter la toute dernière technologie de l'information. Et tout ceci à une époque où l'augmentation du contrôle judiciaire sur les actions du pouvoir exécutif « a fait souffler le vent de l'orthodoxie juridique dans les couloirs



Permettez-nous de mentionner quelques-unes de ces forces.

Du côté « démocratique » de l'équation, on trouve la « judiciarisation des politiques », qui s'est produite ailleurs aussi, mais qui a eu un impact spécialement frappant au Canada à cause de la Charte. Dans la mesure où les juges sont en fait, et sont vus comme des législateurs et des décideurs, il est inévitable que les décisions qu'ils prennent et la façon dont ils les prennent l'objet de discussions et de débats publics approfondis. Cette situation est paradoxale; plus les juges assument ce rôle, plus les juges cherchent à affirmer leur indépendance afin de se distinguer eux-mêmes et leur procédure décisionnelle, des autres

Au cours des dernières années, des facteurs très variés ont accentué la tension entre autonomie et interdépendance, ce qui a rendu la recherche de moyens efficaces de gérer les tribunaux plus importante et plus difficile. La encore, sous diverses formes, ces tensions sont nées non seulement au Canada, mais aussi dans la plupart des autres pays.

Le plus cette intervention des pouvoirs législatif et exécutif — et par extension, publics — dans la structure et dans le travail des tribunaux a lieu pour de très bonnes raisons, dont certaines sont d'ordre démocratique. Non seulement en ce sens que les citoyens s'attendent à ce que la responsabilité et la transparence soient présentes dans le travail des institutions publiques, mais aussi en ce sens plus profond que la magistrature représente la société dans la définition et dans la mise en application des normes et des valeurs publiques. D'autres raisons sont plutôt d'ordre fonctionnel ou pratique. On doit se rappeler que les tribunaux ne sont qu'un maillon — bien qu'il soit essentiel — de la longue chaîne qui constitue le système juridique — depuis la rédaction des lois, jusqu'à l'exercice des pouvoirs de police, au jugement, à la détermination des peines et à l'application de mesures correctives. Aucun maillon de cette chaîne ne peut être détaché des autres. Les gouvernements, bien qu'ils délèguent la fonction judiciaire à une institution indépendante et hautement spécialisée qui se présente sous la forme de tribunaux, sont responsables du fonctionnement général de tout le système. Et bien que les juges soient à juste titre traités différemment des autres employés de la fonction publique en vertu de leur inamovibilité et de leur sécurité financière, ils sont indubitablement

négociation avec les autres pouvoirs à propos de budget, de juridiction, de taille, de procédure, d'administration [traduction] ».

Je désapprouve donc la forte insistance du juge en chef Lamer sur la dépolitisation de la relation entre les gouvernement et la magistrature — qui érige un coupe-feu entre eux. J'estime que c'est irréaliste et insoutenable. Il laisse entendre qu'il est illégitime pour les juges et les gouvernements de négocier ensemble; je ne peux pas imaginer pourquoi l'administration efficace de la justice ne les oblige pas à le faire. Je ne crois pas non plus possible que les tribunaux occupent « une place à part ». Les tribunaux et les gouvernements interagissent, ou exercent une influence mutuelle, d'une multitude de façons qui sont et devraient être, dans le sens large du terme, politiques. Je ne crois pas non plus que la règle qui s'applique par défaut doit toujours favoriser l'indépendance, le fardeau de la preuve incombant à l'intervenant. L'indépendance de la magistrature elle aussi doit être justifiée et défendue. Là encore, la difficile question de savoir qui va l'emporter se situe à l'intersection des tribunaux et du processus politique et administratif plus large.

Cette interaction entre les tribunaux et les autres pouvoirs existe évidemment depuis longtemps. En fait, il semble que l'idée d'indépendance de la magistrature institutionnelle et administrative soit relativement nouvelle, du moins dans le contexte américain, et qu'elle ait peu de fondement dans sa constitution même.

L'indépendance prend également diverses formes — constitutionnelle, législative et administrative. La procédure de nomination détermine quels types de personnes seront juges. Les dispositions du Code criminel influent sur l'étendue de la discrétion judiciaire, tant dans la façon de définir les infractions que les règles concernant la détermination des peines. D'autres lois déterminent la charge de travail tandis que les budgets déterminent les installations et les ressources avec lesquelles les juges doivent s'organiser. Les règles administratives concernant la dotation, la planification, la gestion des cas et ainsi de suite déterminent les conditions de travail des juges. Même dans des pays comme les États-Unis et l'Australie, où les tribunaux jouissent d'un degré élevé d'autonomie et d'autogestion institutionnelle et administrative, l'éventail des pressions et des influences externes est très large⁶.



grand secours dans ce cas. Mon approche sera plus fonctionnelle, ou plus orientée vers l'action. En outre, je me concentrerai non pas sur l'indépendance décisionnelle des juges, mais sur leur indépendance

institutionnelle et administrative.

Lorsque nous passons de l'indépendance décisionnelle à l'indépendance institutionnelle, toute la notion d'indépendance de la magistrature s'évanouit. L'indépendance administrative est définie dans le *Règlement relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (d'oresnavant l'arrêt sur les juges des cours provinciales) comme « un contrôle par les tribunaux sur les décisions administratives touchant directement et immédiatement à l'exercice d'une fonction judiciaire ». Le principe peut être clair, mais certainement pas sa mise en application. Presque toutes les décisions qui touchent aux budgets, à la dotation, aux installations, etc. influent sur la façon dont les juges accomplissent leur travail et sur les ressources auxquelles ils ont accès.

Par conséquent, jusqu'à quel point doit-on soutenir l'idée d'indépendance institutionnelle et administrative? En quoi cette notion essentielle éclipse-t-elle les notions également essentielles de responsabilité démocratique et de pouvoir décisionnel mises en application par la législature et d'efficacité administratives exercées par le pouvoir exécutif?

Je soutiens qu'aucune limite claire ne peut être tracée. Par conséquent, je tiens à souligner non pas l'autonomie des tribunaux et de la magistrature mais plutôt l'interdépendance entre les tribunaux et les autres organes du gouvernement⁴. La notion de séparation des pouvoirs est souvent invoquée pour justifier l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Cependant, on oublie parfois l'autre principe fondamental de la constitution américaine — l'équilibre des pouvoirs. La constitution américaine n'envisage pas l'existence des trois pouvoirs parfaitement isolés les uns des autres. On évite plutôt la tyrannie en accordant un pouvoir équilibré entre chacun — autrement dit, en les rendant interdépendants. La relation entre les pouvoirs est en fait « inévitablement politique ». Comme un juge l'a dit, « une combinaison de séparation mais d'interdépendance, d'autonomie mais de reciprocity [traduction] ». Il y a toujours un dialogue ou une

Je m'attaque à cette tâche à la manière d'un politologue préoccupé de gestion et d'administration publiques. Je n'ai pas l'intention d'analyser la constitution pour recommander une façon de définir et de gérer la relation. En fait, au-delà des notions fondamentales d'immovibilité et de sécurité financière qui sont examinées en profondeur dans des jugements récents, je ne pense pas que la constitution nous soit d'un

politique? nécessairement comprendre tous les éléments de notre système de justice pénale intégré et efficace qui doit inévitablement et essentiels de l'indépendance de la magistrature et le besoin de créer un Comment établissons-nous le juste équilibre entre les éléments tribunaux d'une part et les pouvoirs législatif et exécutif d'autre part? fonctionnement des tribunaux? Quel est le rapport approprié entre les de l'indépendance de la magistrature. Comment doit-on gérer le on établit les institutions pour arriver à une conception praticable Ma tâche consiste à étudier les questions concernant la façon dont

American Bar Association?

L'indépendance de la magistrature n'est pas un slogan magique à invoquer chaque fois que le gouvernement remplit ses fonctions constitutionnelles, soit surveiller et régler les tribunaux fédéraux. John Jay, premier juge en chef des États-Unis!

Tout est dans la manière d'instaurer le pouvoir judiciaire, avec des pouvoirs ni trop étendus ni trop limités; le rendre assez indépendant mais assez malléable à soulevé des problèmes complexes.

Richard Simcom

Interdépendance, non pas indépendance :
dimensions institutionnelles et
administratives de l'indépendance
de la magistrature

11. Les commissions triennales étaient présidées respectivement par Otto Lang en 1983, Donald Gauthier en 1987, Jacques Courtois en 1990, Purdy Crawford en 1993 et David Scott en 1996.
12. Les juges puînés des cours supérieures reçoivent un salaire de 159 000 \$ et le point milieu de l'échelle salariale de la catégorie DM-3 est de 155 300 \$.
13. Voir : *Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges* (Commission Scott) (Ottawa, ministère de la Justice, 1996).
14. L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 99.
15. *Ibid.*, à la page 194.
16. « Le secret de l'efficacité de la Constitution anglaise peut être décrit comme l'union étroite, presque la fusion complète, des pouvoirs exécutif et législatif » [traduction], Walter Bagehot, *The English Constitution*, London, Oxford University Press, 1958, initialement publié en 1867, à la page 9.
17. L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 105.
18. L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 105. « Il appartient aux gouvernements provinciaux d'arrêter le détail précis de ce mécanisme de nomination. De même, les membres nommés par les pouvoirs exécutif et législatif peuvent être choisis par le lieutenant-gouverneur en conseil, bien que rien n'empêche que les nominations soient faites par le procureur général, comme en Colombie-Britannique (*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, par 7.1(2)), ou, ce qui est concevable, par l'assemblée législative elle-même. »
19. *Ibid.*, à la page 106.
20. *Ibid.*, à la page 158.
21. *Ibid.*, à la page 175.

des conclusions d'une grande portée, qui ne sont pas nécessaires pour décider l'affaire dont elle est saisie²⁴.

¹ Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1997] 3 R.C.S. 3 (d'oresnavant, l'arrêt sur les juges des cours provinciales).
² L'alinéa 1(d) prévoit ce qui suit : « Tout inculpé a le droit : ... (d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ».

³ L'arrêt sur les juges des cours provinciales, *supra* note 1 à la page 108.

⁴ Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard [1998] 1 R.C.S. 3.

⁵ L'arrêt sur les juges des cours provinciales, *supra* note 1 aux pages 178, 182-183.

⁶ *Valente c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 673.

⁷ L'arrêt sur les juges des cours provinciales, *supra* note 1 aux pages 198-99.

⁸ *Ibid.* à la page 190.

⁹ *Ibid.* à la page 195.

¹⁰ *Ibid.* à la page 111.

¹¹ *Ibid.* à la page 194.

¹² Trois comités de cette nature ont été établis, présidés respectivement par Emmett Hall en 1974, Irwin Dorfman en 1978 et Jean de Grandpré en 1981.

¹³ Les dispositions de l'article 26 de la *Loi sur les juges*, L.R.C. 1985, c. J-1 prévoient ce qui suit :

26 (1) À compter de 1986, et par la suite, tous les trois ans, le ministre de la Justice du Canada nomme, dans les six mois qui suivent le 1^{er} avril, de trois à cinq commissaires chargés d'examiner si les traitements et autres prestations prévues à la présente loi, ainsi que, de façon générale, les avantages pécuniaires consentis aux juges, sont satisfaisants.

26 (2) Dans les douze mois qui suivent leur nomination, les commissaires transmettent au ministre de la Justice du Canada un rapport assorti des recommandations qu'ils estiment utiles. Le ministre fait déposer ce rapport devant le Parlement au plus tard le dixième jour de séance qui suit sa réception.

devient une ardeur par des méthodes indirectes préconisées par les ministres, dans l'intérêt des juges.

La décision entraîne des coûts importants pour les fonds publics, ce qui pourrait être diminué si les gouvernements fédéral et provinciaux acceptaient de regrouper leurs ressources.

Les conséquences de la mise en œuvre de la décision risquent de placer la magistrature sous les yeux du public et il ne fait aucun doute que la Cour suprême trouverait cela regrettable. Le juge sont des représentants de l'État. Il ne leur incombe pas de décider combien ils devraient être payés. Cet aspect relève du devoir du gouvernement d'élire, et les juges devraient être heureux du fait que c'est le gouvernement qui est responsable aux yeux du public de leur rémunération et non les juges. La décision est naïve à cet égard. L'objectif admissible de protéger l'indépendance de la magistrature est plus susceptible d'être miné si la décision est mise en œuvre de la façon prescrite par la Cour suprême du Canada.

De plus, la décision est un exemple évident de l'invasion par les tribunaux du champ de compétence du gouvernement, en prescrivant les détails des mesures législatives et en appuyant les modifications à la machine gouvernementale, comme le fond de ce qui est définitivement et constitutionnellement établi par la Cour a un effet direct sur les avantages personnels de tous les juges, y compris des juges de la Cour suprême. La décision semble être plus qu'inopportune. Le fait qu'elle peut produire des conséquences non envisagées et perverses, de la nature exposée dans le présent document, sème le doute sur la sagesse de la Cour suprême. Le juge La Forest met ses collègues en garde contre cela, et il convient de lui laisser le dernier mot :

Je suis donc profondément préoccupé par le fait que la Cour prenne part à un débat sur cette question sans avoir entendu d'argumentation substantielle à cet égard. Je suis d'autant plus inquiet que la question met en jeu les rapports que doivent entretenir les organes politiques du gouvernement et la magistrature, point à l'égard duquel les juges peuvent difficilement être perçus comme indifférents, surtout lorsqu'il s'agit de leur propre rémunération. Dans de telles circonstances, il est absolument crucial que la Cour avance avec précaution et évite de tirer

La décision exige également que les commissions aient accès à des avis experts au sujet des questions de rémunération. Cet aspect est très sensé. Mais il ne sera pas appliqué à vil prix. La rémunération est un domaine très complexe et l'obtention de données exactes, pertinentes et bien interprétées est dispendieuse et contestée. Les gouvernements partout au Canada rédigent des projets de loi et, dans certains cas, ont déposé des mesures législatives pour répondre à la décision. Les commissions devront avoir un secrétariat permanent et on soutiendra sans doute que leur impartialité exige qu'elles ne soient pas situées au sein des ministères de la Justice ou du procureur général. Tout cela sera dispendieux et un doublement. Par conséquent, on peut favoriser l'établissement d'une banque d'expertise susceptible d'être consultée par les commissions. Il serait préférable, bien qu'irréaliste au Canada, d'établir une structure administrative commune à l'appui des commissions pour leur permettre d'accomplir leur travail.

Conclusions et observations

La Cour suprême a ordonné aux gouvernements d'exercer leurs pouvoirs à l'égard de la machine gouvernementale pour établir un mécanisme chargé de donner un avis faisant autorité sur la rémunération des juges. On semble croire que ces mécanismes pourront être aussi près que possible de ce que la Constitution autorise en matière de directives dans ces domaines.

Le mécanisme prescrit reflète une compréhension incomplète de la relation entre l'exécutif et le Parlement, et il repose sur l'opinion selon laquelle les méthodes actuelles ne permettent pas une perception adéquate de l'indépendance de la magistrature par l'observateur raisonnable et bien renseigné.

Le processus prescrit pourrait nuire au processus d'établissement du budget, et ne pas pouvoir être appliqué compte tenu des délais et de la confidentialité qui entourent le budget. Il a également pour effet de forcer le gouvernement à aborder publiquement et rapidement les questions qui peuvent être difficiles du point de vue politique, et qui





ont raison au sujet de la nature politique du processus démocratique et des particularités du gouvernement. Toutefois, ils auraient dû tenir compte du fait que l'une des raisons du retard à aborder les rapports des commissions a été de trouver des façons de faire face à la réaction négative du public aux augmentations de salaires dans le secteur public, y compris à l'égard des juges. La Cour a réfléchi sur cet aspect en signalant que les décisions reposant sur la « simple rationalité » pourraient faire l'objet d'une révision judiciaire. Toutefois, ils ne peuvent avoir accordé le poids qui revient au rôle du gouvernement de protéger les juges contre l'outrage du public si l'effet pratique est que les juges détermineront eux-mêmes combien ils devraient être payer à même les fonds publics.

Les réponses publiques rapides du gouvernement sont plus susceptibles d'être partimonieuses que généreuses. De fait, si le public est forcé de penser aux salaires des juges à l'issue des réponses parlementaires formelles aux rapports des commissions, la règle à vue de nez selon laquelle les juges nommés en vertu de l'article 96 devraient être payés au même niveau que les sous-ministres fédéraux principaux, et encore moins excéder ce niveau, pourrait être plus difficile à justifier que certains pourraient le penser. En tout temps, il y a habituellement au plus 3 à 11 sous-ministres fédéraux principaux à Ottawa. Il s'agit du Secrétaire du Cabinet, du sous-ministre des Finances, du Secrétaire du Conseil du Trésor, du sous-ministre des Affaires étrangères et de quelques autres sous-ministres rémunérés au niveau DM-3 en reconnaissance de longs et précieux états de service.

Si l'on ajuste finalement à la hausse les salaires des sous-ministres afin de rétablir la comparaison avec les niveaux avant le gel et les différences avec le secteur privé, le fait de payer le même salaire (ou un salaire plus élevé aux juges en chef et aux juges de la Cour suprême) à environ mille juges nommés par le fédéral pourrait être difficile à défendre. Ce sera sans doute plus difficile pour les ministres s'ils sont visés par l'obligation de déposer une réponse publique globale et en temps opportun aux recommandations des commissions.

que le budget soit déposé. Il y a de fortes chances que la ministre de la Justice, par exemple, ne participe pas aux décisions ayant trait aux

mesures budgétaires générales.

La décision exige non seulement de consulter la commission, mais que celle-ci révise les mesures proposées et fasse rapport au gouvernement pertinent. Il reste à voir comment les planificateurs budgétaires du ministre des Finances et du Bureau du Conseil privé aborderont cette exigence. On pourrait, par exemple, annoncer les mesures générales, mais signaler que leur effet à l'égard des juges sera suspendu jusqu'à la révision de la commission et le dépôt de son rapport. Le but de cette révision serait de déterminer si la décision du gouvernement respecte le critère de la « simple rationalité ». Cela pourrait ne pas être plus encourageant pour les juges que pour le gouvernement, et créerait certainement une perception de traitement spécial.

Simple rationalité

Selon la décision, « les recommandations de l'organisme indépendant ne sont pas obligatoires. Cependant, si le pouvoir exécutif ou législatif décide de ne pas les suivre, il doit justifier sa décision suivant la norme de la simple rationalité — au besoin devant une cour de justice »²³. L'intention derrière cette partie de la décision est d'empêcher les futurs gouvernements d'ignorer, tout simplement, les recommandations de la commission.

Tel que signalé, cet aspect de la décision répond aux frustrations des juges nommés par le gouvernement fédéral à l'égard du sort qui a été réservé aux rapports des commissions triennales et aux effets des gels des salaires de 1992 et de 1995. À première vue, la mesure est sensée. Toutefois, il convient de signaler que les gouvernements successifs ont été extrêmement hésitants à répondre rapidement et intégralement aux recommandations des commissions. Dans une certaine mesure, il s'agit simplement d'un cas d'embaras à répondre Non ou Oui dans un contexte public structurel.

La décision de la Cour suprême s'intéresse énormément à la nature politique inhérente du gouvernement et à la nécessité de veiller à ce que les juges ne se polluent pas en se livrant à ce qui est appelé des « négociations salariales » avec le gouvernement. Bien entendu, les juges

Dans le cas des mesures d'application générale, les commissions générales des salaires de tous les titulaires de postes publics. et en 1995 lorsque le gouvernement fédéral a décidé d'imposer un gel

ministère des Finances sont au courant de ce qui est proposé jusqu'à ce nombre si limité de personnes que peu d'individus à l'extérieur du problèmes d'ordre pratique parce que ces mesures sont connues d'un comiténalité des mesures budgétaires. Cela soulève également des ment fédéral. Cela soulève des questions importantes au sujet de la ont été annoncées dans le cadre des mesures budgétaires du gouverne- devront être consultées avant le dépôt des budgets. Les deux gels récents

est que les commissions devront être nommées sur une base perma- nente, des lois que même si elles n'examinent pas activement les traite- ments des juges, on peut faire appel à ses membres dans le cadre d'une consultation préalable aux changements, comme par exemple en 1992

Cette déclaration entraîne plusieurs répercussions. La plus évidente

indépendant est institutionnelle...".

traitement)... prise sans avoir eu recours au préalable à l'organisme

Selon la décision, « toute mesure [réduction, hausse ou blocage des

(consultation préalable)

l'établissement d'un processus « dépolitisé ».

choix des personnes pour siéger aux commissions contribue à laquelle la participation directe de la législature dans le processus du

La décision a également des lacunes au niveau de sa prémisses selon l'appui du gouvernement.

importe la voie choisie, une nomination par la législature exigera au Président de la Chambre le mandat de choisir quelqu'un. Peu qui seront désignées par le gouvernement. On pourrait peut-être confier à un comité parlementaire le soin de proposer les noms des personnes sont susceptibles d'être plus applicables¹. On pourrait peut-être confier favorablement aux modèles qui ne respectent pas ces exigences mais qui non gouvernementale, même si heureusement, la Cour a renvoyé aura pour effet de rendre les pouvoirs d'attribution créatrice de l'organisa- tenter de trouver une façon d'appliquer cette partie de la décision

en confiant ou en finançant l'exercice des pouvoirs de l'État.

selon laquelle la législature ne peut agir indépendamment de l'exécutif



ment. Toutefois, on fait une erreur en établissant une différence entre les pouvoirs de l'exécutif et ceux de la législation. Selon Bagehot, ils sont fusionnés de telle façon qu'on a tort d'en parler dans le contexte de la

séparation des pouvoirs¹⁹.

Il ne s'agit pas d'une simple dispute insignifiante au sujet des aspects plus subtils du gouvernement responsable. La Cour a importé les principes républicains de la séparation des pouvoirs, et ses pensées à ce sujet l'amènent à des conclusions détaillées au sujet d'un changement institutionnel, plus particulièrement à l'égard de la nomination des commissions chargées de la rémunération de la magistrature.

Nominations

Selon la Cour, « les nominations ne relèvent pas entièrement de l'un des trois pouvoirs. Les commissions devraient être constituées de membres désignés par le pouvoir judiciaire, d'une part, et de membres désignés par les pouvoirs législatif et exécutif, d'autre part »²⁰. Dès lors, elle souhaite que chaque commission soit formée de membres désignés par la magistrature, par la législation et par l'exécutif.

Pour désigner une personne à une commission, la législation doit, dans la plupart des circonstances, obtenir une résolution de la Chambre des communes et du Sénat, ou d'un comité, ou de la législation pertinente. Par définition, cette résolution ne peut être adoptée que si la majorité des membres l'appuient et donc elle doit être appuyée par le gouvernement. Par conséquent, il ne peut y avoir d'expression véritablement indépendante de la volonté de la législation qui mène à l'action de l'exécutif et à la dépense des deniers publics. Cela n'est pas surprenant compte tenu de la fusion de l'exécutif et de la législation dans notre système de gouvernement responsable.

Il convient également de signaler que les personnes qui exercent les pouvoirs conférés par le Parlement sont nommées par la Reine, le gouverneur général, le gouverneur en conseil, les ministres et la Commission de la fonction publique — ou leurs délégués. De plus, selon les principes du gouvernement responsable, les dépenses publiques doivent être appuyées par une recommandation royale, et celle-ci ne peut être proposée au gouverneur général que par le Cabinet ou le Premier ministre, au nom du Cabinet. Tous ces aspects renforcent l'idée



La rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l'indépendance de la magistrature »¹⁸.

Le jugement de la Cour suprême devient teinté lorsqu'il est envisagé dans le contexte de l'expérience fédérale ayant trait aux commissions triennales et aux conséquences d'un gel de six ans des salaires fédéraux. Il convient également de signaler que si les gouvernements n'avaient pris d'initiatives pour réduire les déficits au cours des années 1990, les limites salariales n'auraient pas été imposées, et ces causes n'auraient pas pris naissance. Vu l'insistance dans la décision sur la « simple rationalisation » des mesures générales de rémunération, on peut se demander pourquoi il est temps, maintenant, d'établir une exigence constitutionnelle selon laquelle il convient de charger une institution de réviser la rémunération des juges. Selon la perception d'une personne raisonnable et bien renseignée, la réponse se trouve dans la frustration des juges nommés par le gouvernement fédéral face à ce que l'on qualifie d'attitude tardive et cavalière des gouvernements successifs devant les recommandations des commissions triennales — et plus particulièrement de l'effet du gel des salaires sur l'ensemble de la rémunération des juges.

Les répercussions de l'institution

Selon la Cour suprême, il faut établir des commissions; elle a également énoncé plusieurs critères applicables à plusieurs aspects importants du processus. La méthode de nomination de la commission, la nécessité de tenir des consultations avant de modifier la rémunération des juges et la façon de disposer des recommandations.

« On constate une énorme différence entre le langage utilisé par le juge en chef Lamer et celui utilisé par le juge La Forest. Le juge en chef renvoie aux « trois pouvoirs » du gouvernement. Il va sans dire que les salaires des juges sont établis par le Parlement, mais bien entendu, le Parlement s'entend de la Couronne, et dans le contexte du gouvernement responsable, cela signifie l'exécutif agissant avec l'appui de la majorité de la Chambre des communes et du Sénat.

La décision de la Cour semble accorder beaucoup d'importance à la séparation des pouvoirs. Il ne fait aucun doute que la Reine, et les tribunaux, sont séparés et distincts des autres pouvoirs du gouverne-

conformément aux modifications à la *Loi sur les juges* prévoyant la nomination tous les trois ans de ces organismes de révision¹³.

Les commissions triennales ont déposé un rapport en 1983, 1987, 1990, 1993 et 1996¹⁴. Elles ont toutes été établies sur une base temporaire et elles devaient faire rapport au plus tard six mois après leur nomination. Aucune mesure législative n'oblige le gouvernement à donner suite aux recommandations des commissions. Des réponses tardives, incomplètes, inadéquates ou même l'absence de réponse ont amené les commissions successives à se plaindre et à recommander que le gouvernement soit obligé de répondre à leur rapport, et plusieurs propositions intéressantes ont été faites pour forcer le gouvernement à donner effet aux recommandations des commissions.

La communauté judiciaire semble être d'avis que les commissions n'ont pas protégé adéquatement leur intérêt pécuniaire. Toutefois, fait à signaler, dès les premiers comités consultatifs informels des années 1970, les recommandations explicites ou implicites successives cherchaient à établir un barème selon lequel les juges de la cour supérieure recevaient un salaire relativement équivalent à celui du milieu de l'échelle des DM-3, c'est-à-dire le niveau fédéral le plus élevé d'un sous-ministre¹⁵. Et ce barème a généralement été respecté, malgré les plaintes des commissions successives au sujet de l'insuffisance des réponses données à leurs rapports. Bien entendu, le gel des salaires a touché tous les titulaires d'un poste public, dès lors que l'insuffisance des salaires versés aux sous-ministres aujourd'hui se reflète dans les salaires versés aux juges de la cour supérieure.

Le Conseil canadien de la magistrature et la Conférence canadienne des juges ont déclaré publiquement qu'ils s'opposaient au barème. La dernière commission triennale a préféré une comparaison avec les avocats en pratique privée¹⁶. La Cour pourrait faire un renvoi indirect à ses préférences dans le cadre de sa conclusion selon laquelle l'indépendance de la magistrature « peut être menacée par des mesures qui soit traitent les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, soit les traitent de façon identique »¹⁷. Le juge La Forest est en désaccord, et il déclare qu'une personne raisonnable et bien renseignée « ... ne considérerait pas que l'établissement d'un lien entre



— à savoir que les juges troqueront leur indépendance contre des gains financiers — est donc illusoire »⁷.

3. « L'alinéa 11d) n'habilite pas notre Cour ou une autre cour à forcer les gouvernements à édicter une loi « type » accordant la protection suprême à l'indépendance judiciaire. C'est aux législatures et non aux tribunaux qu'il appartient de le faire »⁸.

4. L'exigence selon laquelle il y a lieu de renvoyer la question à une commission « constitue une victoire de la forme sur le fond »⁹ dans les circonstances où le gouvernement décide de modifier les salaires de juges dans le cadre d'une mesure économique appliquée généralement à tous les titulaires d'un poste public — une circonstance caractérisée « à première vue, rationnelle »¹⁰ dans la décision.

5. Contrairement à la décision des juges de la majorité, une personne ment d'un lien entre la rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l'indépendance de la magistrature »¹¹.

Contexte du point de vue fédéral

Le jugement a un effet à l'égard de tous les tribunaux au Canada, même s'il a été écrit à l'issue de renvois et d'appels découlant de jugements rendus au niveau des cours provinciales. Les parties n'ayant pas comparu devant la Cour, aucune mention n'a été faite de l'incidence de la décision à l'égard des mesures fédérales prises en vue d'établir les traitements des juges, y compris des juges de la Cour suprême. On ne reconnaît pas, non plus, que la décision a un effet direct à l'égard de la base salariale de tous les juges nommés en vertu de l'article 96. L'historique des mesures institutionnelles fédérales est essentiel à la compréhension de la portée générale de la décision. Dès 1974, le gouvernement fédéral a désigné des comités spéciaux chargés d'examiner et de donner des avis au sujet du traitement des juges¹². En 1983, la première d'une série de commissions a été désignée

remunération des juges, y compris tout remboursement pour réduction antérieure de traitements »⁴.

Dissidence du juge La Forest

Le juge La Forest a rédigé une longue dissidence, prenant comme point de départ le fait que ses collègues ont erré en croyant qu'une « Constitution, similaire en principe à celle du Royaume-Uni » plaçait l'indépendance de la magistrature à l'abri de la portée du Parlement de Westminster⁵. Toutefois, il se préoccupait surtout du fait que les juges de la majorité s'avançaient inutilement sur un nouveau territoire constitutionnel et prescrivaient l'établissement d'institutions et de processus qui n'étaient pas justifiés, à son avis, par les faits soumis à la Cour.

Le juge La Forest signale que le jugement va au-delà des principes et des critères de l'indépendance de la magistrature énoncés par la Cour suprême dans l'affaire *Valente* en 1985, à savoir un critère de perception d'indépendance par une personne raisonnable et bien renseignée⁶. Compte tenu de ces prémisses, le juge La Forest a fait plusieurs observations relatives aux mesures institutionnelles et aux processus.

1. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement et les législatures fixent les traitements des juges et, jusqu'à maintenant, on a jugé qu'il s'agissait d'une protection suffisante de l'indépendance de la magistrature en matière de rémunération.
2. Rien dans la Constitution n'interdit aux juges de discuter directement avec le gouvernement de leur rémunération.

- « Le gouvernement », en ce qui a trait à l'exigence constitutionnelle selon laquelle les traitements doivent être fixés dans le cadre d'une loi, détermine la rémunération exacte à verser aux juges. Il n'existe aucune obligation de discuter, de consulter ou de négocier les traitements avec les juges ou les associations de juges.

- « L'atmosphère de négociation décrite par le juge en chef, qui fait naître des attentes quant à des « concessions mutuelles » et encourage les « compromissions subtiles », ne s'applique donc pas aux discussions salariales entre le gouvernement et les





laquelle le Canada est doté d'une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni, et pour assurer le droit à un procès juste et équitable aux termes de l'article 11d) de la Charte, les traitements des juges doivent être établis dans le cadre d'un processus « dépolitisé ».

2. Pour établir un processus « dépolitisé », il est nécessaire de prévoir un mécanisme institutionnel qui servira de « tamis institutionnel » entre l'« exécutif » et la « législature », d'une part, et les juges, d'autre part.

3. Le tamis prendra la forme d'une commission établie dans chaque administration. Les membres de la commission doivent être nommés pour une période déterminée. La commission doit être formée de trois membres, un membre désigné par chacun des « pouvoirs », à savoir la magistrature, l'exécutif et la législature.

4. Aucun changement ne peut être apporté aux traitements des juges sans que l'on ait procédé à une consultation préalable et obtenu un rapport de la commission pertinente.

5. On devra prendre des mesures concernant les rapports de la commission « directement et avec un empressement et une diligence raisonnables » à l'intérieur d'un délai prescrit, et dans le cas où les recommandations ne sont pas suivies, une explication doit être déposée devant le Parlement et la législature, et celle-ci peut faire l'objet d'une contestation judiciaire afin de déterminer si les raisons données respectent le critère de la « rationalité simple ». Chaque commission doit examiner sur une base régulière les mesures prises à l'égard de ses recommandations.

Une nouvelle audition de certains aspects de la décision a eu lieu en janvier 1998. On a abordé certains sujets surtout la validité des procès dans certaines administrations suite aux mesures ayant trait aux traitements qui avaient été jugés « inconstitutionnelles » par la Cour. En avril 1998, la Cour a publié des précisions établissant, notamment, une période de transition se terminant le 18 septembre 1998, et déclarant qu'à ce moment, chaque administration devra avoir établi « le mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la

Établir la rémunération des juges : Incidence de la décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi de la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard

Nicholas d'Ombraim

Introduction

Le 18 septembre 1997, la Cour suprême du Canada a rendu un jugement dans lequel elle exigeait que toutes les administrations canadiennes établissent des organismes indépendants et respectent les procédures prescrites nécessaires pour protéger l'indépendance de la magistrature en ce qui a trait aux questions concernant la rémunération des juges¹. Le présent document aborde les aspects de la décision de la Cour suprême ayant trait à l'institution et à la procédure, et leur incidence à l'égard des gouvernements et de la magistrature au Canada.

Décision de la Cour suprême du Canada

Le juge en chef Lamer a rédigé le jugement au nom des cinq juges de la majorité (L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci). La signification de la décision en ce qui a trait aux futurs mécanismes visant à fixer les traitements des juges est la suivante :

1. La Loi constitutionnelle de 1867 prévoit que les traitements des juges nommés par le gouvernement fédéral doivent être fixés par le Parlement. Les juges nommés par les provinces ne sont pas rémunérés conformément à une disposition constitutionnelle. Cependant,

- comme il s'agit d'une question ayant trait à l'indépendance de la magistrature en général, découlant d'une disposition du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique selon

genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales ... la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement » (*Ibid.* à la page 309, La Forest, Dickson et Gonthier). Voir enfin *Irwin Toy c. P.G. Québec* [1989] 1 R.C.S. 927 à la page 993 : « Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits et libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. ... Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents le choix des moyens comme celui de la fin exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles ».

¹⁰² *McKinney, ibid.* à la page 305.

McKinney c. Université de Guelph [1990] 3 R.C.S. 229 aux pages 304-305, passage relatif à l'étude des incidences de la retraite obligatoire. Autre passage du même arrêt : « Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques en matière de travail, dont certaines au stade desquelles différents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce

¹⁰⁰ Ibid. à la page 92.

¹⁰¹ L'arrêt sur les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité note 2 à la page 108.

analyse au mérite de la décision et de l'attitude des autorités politiques. Fondement rationnel de la mesure en cause. Elle semble plutôt procéder à une pas ici sur la légitimité de l'objectif gouvernemental poursuivi et sur le sur les Juges des cours provinciales, Renvoi. En effet, la Cour d'appel ne s'interroge respecter les exigences développées à cet égard par la Cour suprême dans l'arrêt ailleurs, le critère de rationalité utilisé par la Cour d'appel ne semble pas preuve de déférence à l'égard de la souveraineté de l'assemblée législative. Par une norme de contrôle de droit administratif beaucoup plus minimale, faisant explique le jugement de la Cour d'appel. La Suprême Court avait plutôt utilisé appliquée, et non pas l'interprétation du pouvoir législatif en cause, qui commission, y compris les plus anodines. C'est donc la norme de contrôle (Renvoi), notamment en ce qu'elle a rejeté en bloc les recommandations de la celui utilisé par la Cour suprême dans l'arrêt sur les Juges des cours provinciales, (selon la Cour d'appel, un critère de droit administratif qui se trouve à être aussi cependant estime que la résolution législative ne passait pas le test de rationalité lumière notamment de ses préoccupations financières. La Cour d'appel a commission, l'assemblée législative peut procéder à sa propre évaluation, à la instance, selon laquelle, dans son évaluation des recommandations de la des cours provinciales, Renvoi. Elle partage l'analyse de la cour de première l'espèce plus exigeantes que la structure mise en place dans l'arrêt sur les Juges d'appel semble accepter que les dispositions de la loi provinciale étaient en suprême du Canada dans l'arrêt sur les Juges des cours provinciales, Renvoi. La Cour ciales, ni les critères constitutionnels entretemps développés par la Cour que la résolution contestée ne respectait ni les exigences législatives provin affaire le 26 mai 1998. Elle a infirmé la décision de première instance, et affirmé La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu son jugement dans cette sur les Juges des cours provinciales, Renvoi : décision de la Cour d'appel à la par. 26. appliqué une norme de contrôle de rationalité, qu'elle dit être une norme de droit administratif, tout comme celle retenue par la Cour suprême dans l'arrêt

Judiciary is strong enough to take the buffering which may be associated with periodic discussion of its level of compensation on the floor of the House of Commons. Legitimate debate on the remuneration of judges provides one of the few opportunities for public review of judicial performance. It would be a shame to eliminate this ounce of accountability ».

90 L'arrêt sur les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité note 2 à la page 105.

91 *Ibid.*

92 *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, art. 7.1.

93 *Re Judicial Compensation Committee*, (1997) 27 B.C.T.R. (3d) 134, infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-britannique le 28 mai 1998. Voir le commentaire, à la note 98.

94 « The Legislative Assembly may, by a resolution passed within 21 sitting days after the date on which the report and recommendations are laid before the Legislative Assembly under subsection (8), (a) resolve to reject one or more of the recommendations made in the report as being unfair or unreasonable (...) », *Provincial Court Act*, précité note 92, art. 7.1 (9).

95 *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93, par. 57. La Cour d'appel a rendu jugement dans cette affaire le 26 mai 1998, donc après l'arrêt sur les Juges des cours provinciales, Renvoi de la Cour suprême, et a discuté de la question constitutionnelle : voir *infra* note 98.

96 « In this context, it is an appropriate use of the words "unfair or unreasonable" to characterize the recommendation as being one or the other or both based on the Legislature's particular perspective towards matters of public spending, and the policy of the government with respect to that (...) Having regard to the language of s. 7.1, I conclude that the legislative intention was to allow the Legislature to make its own assessment of the fairness and reasonableness of recommendations, particularly in relation to the financial position of the government », *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93 aux par. 38 et 40. La Cour d'appel a confirmé cette interprétation de la loi : par. 23 du jugement de la Cour d'appel.

97 « While the resolution of the Legislative Assembly is subject to judicial review, it is relevant to consider that it is a resolution passed by a sovereign legislature under one of its own statute in relation to a question peculiarly within its area of responsibility and knowledge. That question relates, in the language of the section, to the current financial position of the government », *Re Judicial Compensation Committee*, précité note 93 à la par. 49. La Cour d'appel a plutôt



On pourrait légitimement se demander si le simple débat public en assemblée législative n'aurait pas pu, tout simplement, répondre à ces exigences. Voir, pour un éloge du débat parlementaire sur la rémunération des juges fédéraux : Peter H. Russell, *précité* note 1 aux pages 151-152 : « From a democratic perspective the legislative method of determining judicial remuneration has the advantage of exposing the process to public scrutiny and discussion. (...) The Canadian

magistrature. » (*Ibid.*, à la page 109).
— de ne pas donner suite à cette décision sera jugée légitime et ne sera pas considérée comme indifférente ou hostile au principe de l'indépendance de la repose justement sur le besoin de préserver l'indépendance de la magistrature que lui a fait un organisme mandaté par la Constitution — dont l'existence modifier ou de bloquer les traitements des juges et de rejeter la recommandation que si elle est motivée que la décision du pouvoir exécutif ou législatif de à savoir celui d'assurer la confiance du public dans le système judiciaire. Ce n'est objectifs de la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) —

« À mon sens, la nécessité de la justification publique découle de l'un des page 110) et formulés par écrit (*Ibid.*, à la page 109).
Le gouvernement est formellement tenu de répondre aux recommandations de la commission (*Ibid.*, à la page 108) et ses motifs doivent être légitimes (*Ibid.*, à la

sur des droits comportant un aspect financier ... »
notre Cour a, dans le passé, reconnu qu'elle avait l'expertise voulue pour statuer niveau minimal acceptable de rémunération des juges : « ... je souligne que *Renvoi, précité* note 2 à la page 17), à propos d'une éventuelle détermination du *Contra* : la remarque du juge Lamer (l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*,

an opportunity to discredit or refute the body of opinion so offered ».
seem that upon challenge the data ought to be presented on the record, giving only to establish a respectable body of opinion holding them to be true, it would the data adduced are presented not to demonstrate the truth of the facts but (de), *précité* note 71 à la page 49 (à propos des Brandeis briefs) : « Even though « Review of Facts in Constitutional Cases » dans Edmond Cahn (sous la direction untenable. » Cet auteur nuancera cependant sa position : Paul A. Freund, opponent must show that the opinion in support of legislation is wholly immediate in countervailing evidence would be immaterial (...) The assertions and hold the opinions which are disclosed (...) Consequently, the facts asserted but only to establish that responsible persons have made the Little, Brown, 1975) à la page 1006 : « The data are offered not for the truth of Brest, Processes of Constitutional Lawmaking: Cases and Materials, (Boston : Paul Freund, On Understanding the Supreme Court, 88-89 (1949), cité dans Paul



« En l'espèce, le préambule indique suffisamment l'intention du Parlement d'introduire un programme d'envergure dicté par ce qu'il considère la gravité du problème national. Ce n'est pas à dire que la validité de la Loi anti-inflation dépend uniquement de ce préambule, mais on peut y recourir pour évaluer la gravité des circonstances qui ont amené l'adoption de la loi » (*Ibid.*, à la page 422). Le juge Ritchie a aussi, dans les faits, accordé une importance certaine à la déclaration législative de faits (*Ibid.*, à la page 438). Le juge Beetz, dissident sur cette question, a aussi considéré la déclaration factuelle du préambule de la loi, mais a jugé comme fatale l'absence de qualification des faits énoncés comme constituant une situation d'urgence. Selon lui, la gravité d'une telle qualification, en termes de partage fédéral des compétences législatives, exigeait que le Parlement en assume d'abord la responsabilité.

78 Joseph Magnét, *précité* note 41 à la page 105 : « The presumption of regularity as applied to legislative declarations of facts can mean only that the facts as declared, at least prima facie, are true ... [T]he court presumes that the legislature presents an adequate picture resulting from a sufficient investigation ».

79 *Danson c. P.G. Ontario* [1990] 2 R.C.S. 1086 à la page 1099, le juge Cory pour la Cour.

80 *Renvoi Anti-inflation, précité* note 65.

81 Le premier dossier de sciences sociales présenté en cour par l'avocat Louis Brandeis ne visait justement qu'à établir la rationalité de la décision législative, et non pas la réalité des faits qui y étaient énoncés. Voir Danielle Pinard, « La preuve des faits sociaux et les Brandeis Briefs : quelques réserves » (1996) 26 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 497 aux pages 507 et s.

82 Danielle Pinard, « La notion traditionnelle de connaissance d'office en droit de la preuve » (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 87; Danielle Pinard, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel », *précité* note 71.

83 C'est d'ailleurs en partie ce qu'elle a probablement fait dans le *Renvoi Anti-inflation*, pour conclure à la rationalité des contrôles de prix et de salaires institués par le Parlement fédéral dans un contexte économique difficile. Voir le commentaire dans : Danielle Pinard, (1997) 31 *Revue juridique Thémis* 315 aux pages 337 et s.

84 « The rational basis test enables a court to uphold the validity of legislation without the necessity for strict proof of the underlying facts. It enables a court to resolve conflicting evidence without the need to make a definitive ruling on the conflict » Hogg, *précité* note 69 à la page 1297.



Thémis 315; Paul A. Freund, « Review of Facts in Constitutional Cases » dans Edmond (à la direction de), *Supreme Court and Supreme Law* (New York: Indiana University Press, Bloomington, 1954), 47-54 à la page 47 « A conventional formulation is that legislative facts — those facts which are relevant to the legislative judgment — will not be canvassed save to determine whether there is a rational basis for believing that they exist, while adjudicative facts — those which tie the legislative enactment to the litigant — are to be demonstrated and found according to the ordinary standards prevailing for judicial trials

» En outre, je tiens à préciser que la norme de justification requise par l'al. 11d) n'est pas la même que celle exigée par l'article premier de la Charte. » (l'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, précité* note 2 aux pages 110-11) « En l'espèce, par contraste, la norme de justification est celle de la simple rationalité. » (*ibid.* à la page 110)

Il est d'ailleurs remarquable que, si la Cour a initialement développé le test des limites raisonnables aux droits et libertés dans un langage traditionnel de preuve, elle a rapidement dû se replier la aussi sur de simples exigences de fondement rationnel : voir Pinard, *précité* note 70. *A fortiori* ne peut-on avoir que de telles exigences en matière de partage.

L'arrêt sur *les Juges des cours provinciales, Renvoi, supra* note 2 à la page 111.

Dans le même sens, voir Joseph Magnét, *précité* note 41 à la page 115.

Voit, par exemple, Henry Wolf Bickel, « Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action » (1924) Harvard Law Review 6 à la page 19 : « It is clear that the legislative finding as to the fact upon which the validity of the legislation depends cannot be allowed to be binding upon the courts, since this would furnish a simple means of preventing judicial review of such legislation in this class of cases » ; Henry P. Monaghan, « Constitutional Fact Review » (1985) 85 Columbia Law Rev. 229 à la page 252 : « [N]o legislature could insulate its action from judicial review by determining initially the facts upon which the constitutionality of those actions depended and thereafter making such factual findings binding upon the courts ».

C'est ce qu'a fait la Cour suprême du Canada dans *Renvoi Anti-inflation, précité* note 65. Le préambule de la loi en cause se lisait comme suit : « Attendu que le Parlement reconnaît l'incompatibilité de l'actuel taux d'inflation avec l'intérêt général, ainsi que la gravité du problème posé par sa réduction et son engendrement, et qu'il importe en conséquence de limiter les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les rémunérations » . Le juge Laskin y écrit :

- espérerait-on, nous permettrait de tirer des faits une conclusion en vue de déterminer si l'inflation a, oui ou non, atteint un niveau qui permet au Parlement d'invoquer son pouvoir extraordinaire ou s'il existe une base rationnelle à la décision du Parlement d'y recourir » (*Ibid.* à la page 470).
- ⁶⁸ « This test demonstrates a judicial deference to the legislative branch, when the latter makes controversial judgments as to the need for legislative intervention to address a social or economic problem. With such a test, the Court need not get into complex debates about the truth and reliability of the evidence filed. So long as the material is sufficiently cogent to show that the legislators were not acting arbitrarily in enacting the legislation, the statute stands », Katherine E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism* : The Laskin-Dickson Years (Toronto : Carswell, 1990) à la page 83.
- ⁶⁹ « The Anti-inflation Reference (1976) decides that, in distribution-of-power (or federalism) cases, the proponent of legislation need show no more than a rational basis for legislative facts that are prerequisite for the validity of the legislation », Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Carswell, 1992) à la page 1296.
- ⁷⁰ Danielle Pinard, « La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac » (1994) 39 *Revue de droit de McGill* 401 aux pages 419 et s. Voir aussi ce qu'écrit, dans des motifs toutefois dissidents, le juge Sopinka dans *Dickason c. Université de l'Alberta* [1992] 2 R.C.S. 1103, à propos de la preuve du lien rationnel entre l'objectif poursuivi et le moyen législatif choisi qu'exige l'article premier de la *Charte* : « [D]ans le cas d'actes gouvernementaux, il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Par conséquent, bien que le gouvernement n'ait pas pu établir que la publicité des jouets à la télévision avait un effet manipulateur sur les enfants, ni que la propagande haineuse favorisait la haine contre un groupe identifiable, ni que la pornographie causait du tort aux femmes, l'existence d'une preuve suffisante contestée dans la poursuite de son objectif permettrait de la sauvegarder » (*Ibid.* aux pages 1195-96).
- ⁷¹ Voir Pinard, *précité* note 70 aux pages 409 et s.; Danielle Pinard, « La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel » (1997) 31 *Revue juridique*

Le juge Laskin écrit : « En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à prononcer [sic] sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité » (*Ibid.* à la page 423). Le juge Beetz écrit quant à lui : « On nous a soumis de nombreux éléments de preuve extrinsèques dont l'examen,

Renvoi Anti-inflation, précité note 65.

L'élément à considérer pour répondre à la question de savoir si en adoptant la loi anti-inflation le gouvernement a agi de façon rationnelle. Elle ne peut dicter la réponse ». De la même façon, des juges de la Cour suprême ont accepté que, dans le cadre d'une analyse faite en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la rationalité du lien entre une mesure législative et la fin poursuivie était parfois une question de « gros bon sens », de « raison » et de « logique » : voir, par exemple, *RJR MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)* [1995] 3 R.C.S. 199. Le juge McLachlin écrit : « [L]a mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d'inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée » (par. 127), puis : « Le lien causal entre l'atteinte aux droits et l'avantage recherché peut parfois être établi par une preuve scientifique démontrant à la suite d'une observation répétée que l'un influe sur l'autre. Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, comme dans le cas de la loi réglementant les produits du tabac, le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, l'absence de preuve scientifique ne dispense pas de reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif » (par. 154) Voir aussi les propos du juge La Forest, au par. 84.

he shares with all others. To require a man to pay the taxes that all other men have to pay cannot possibly be made an instrument to attack his independence as a judge. I see nothing in the purpose of this clause of the Constitution to indicate that the judges were to be a privileged class, free from bearing their share of the cost of the institutions upon which their well-being if not their life depends », le juge Holmes, dissident, avec l'appui du juge Brandeis, dans *Evans v. Gore*, précité note 1.

61 Arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, Renvoi, *supra* à la page 111.

62 Tribe a déjà critiqué en ces termes une approche judiciaire trop axée sur des études scientifiques et des analyses techniques coûts/bénéfices : « It is a managerial vision of deference to authority and expertise, couched in the technocratic garb of « cost-benefit analysis », and reinforced by the illusory precision and the pretended neutrality of a pseudo-scientific calculus for measuring claims and counterclaims », Laurence H. Tribe, « Seven Deadly Sins of Straining the Constitution Through a Pseudo-Scientific Sieve » (1984) 36 *Hastings Law Journal* 155 à la page 156. Il dénonce de plus la déresponsabilisation à laquelle donne lieu une dépendance à l'égard des analyses dites scientifiques : « They create an illusion, a comforting illusion, of inexorability... They enable each of us to don a mantle that says, « I didn't do it » » (*Ibid.*, à la page 168).

63 Hogg écrivait en ce sens en 1976 : « A legislature acts not merely on the basis of findings of fact, but upon its judgment as to the public perceptions of a situation and its judgment as to the appropriate policy to meet the situation. These judgments are political, and they often do not coincide with the views of social scientists or other experts. It is not for the court to disturb political judgment, much less to substitute the opinions of experts », Peter Hogg, « Proof of Facts in Constitutional Cases » (1976) 36 *U.T.L.J.* 376 à la page 396.

64 Voir Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd. (San Diego, 1980) vol. 3, à la page 178 : « Even when they are controverted, judgmental facts may often be found without supporting evidence. A judgmental fact is a fact that is mixed with judgment, policy ideas, opinion, discretion, or philosophical preference ». Voir aussi Susan Kenny, « Constitutional Fact Ascertainment » (1990) 1 *Public Law Review* 134 à la page 143, qui écrit, à propos du contrôle constitutionnel américain en matière économique, qui se satisfait de l'établissement d'un fondement rationnel : « [R]elavant facts are likely to be virtually inseparable from matters of policy — the sole preserve of the elected branches of government ».

65 Le juge Laskin écrit, dans Renvoi : *Loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373 à la page 425 [ci-après Renvoi *Anti-Inflation*] : « L'opinion des économistes peut être un



l'ensemble des mesures sont capables d'établir une distinction entre les changements apportés à leur rémunération pour réaliser un objectif d'intérêt général valable et les changements visant à influencer leurs décisions. » (*Ibid.*, à la page 196)

⁵⁶ *Ibid.*, aux pages 111 et 192.

« À mon avis, les mesures générales touchant la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics sont, à première vue, rationnelles. Par exemple, une réduction générale des salaires et traitements applicable entre autres aux juges vise normalement à mettre en œuvre les priorités budgétaires globales du gouvernement et, par conséquent, vise généralement à réaliser un objectif plus vaste d'intérêt général. » (*Ibid.*, à la page 111)

⁵⁸ On doit relier cette affirmation aux propos du juge en chef Lamer sur le rôle des considérations financières dans les questions de droits et libertés constitutionnelles protégées (*Ibid.*, aux pages 155-57). Il précisera que de telles considérations ne peuvent constituer un objectif suffisant au sens de l'article premier de la *Charte*, mais peuvent être pertinentes dans l'application du critère de l'atteinte minimale et dans la détermination de la réparation adéquate, le cas échéant.

⁵⁹ « Même si toutes les mesures touchant la rémunération des juges et qui dérogent à la norme de justification — celle de la simple rationalité — certaines vont y satisfaire plus facilement que d'autres, parce qu'elles risquent moins de servir d'instrument de manipulation financière et, partant, d'ingérence politique. » (*Ibid.*, à la page 111).

Il écrit : « Il n'est tout simplement pas raisonnable de penser qu'une diminution de la rémunération des juges, qui s'inscrit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant le traitement de presque toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, met en péril l'indépendance de la magistrature » (*Ibid.*, à la page 192), puis « Il est pratiquement impossible qu'une telle manipulation financière se produise lorsque le gouvernement apporte des changements équivalents à la rémunération de toutes les personnes payées sur les fonds publics » (*Ibid.*, à la page 194). Pour une formulation classique d'une idée semblable, en droit américain : « The exemption of salaries from diminution is intended to secure the independence of the judges, on the ground, as it was put by Hamilton in the *Federalist* (No. 79) that « a power over a man's subsistence amounts to a power over his will ». That is a very good reason for preventing attempts to deal with a judge's salary as such, but seems to me no reason for exonerating him from the ordinary duties of a citizen, which

41 Sur l'ambiguïté du concept de fondement rationnel en droit constitutionnel, voir Joseph Eliot Magner, « The Presumption of Constitutionality », (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 87 à la p. 113 et s.

42 Nouveau Petit Robert, 1995.

43 *Idem*.

44 *Dir. des eng. & rech. c. Southam Inc.* [1997] 1 R.C.S. 748. La Cour d'appel de Colombie-Britannique fait référence à cette décision dans *Re Judicial Compensation Committee*, décision du 28 mai 1998, qui affirme une décision de première instance rapportée à (1997) 27 B.C.L.R. (3d) 134.

45 *Ibid.* aux pages 775-776.

46 *Ibid.* à la page 776.

47 *Ibid.* aux pages 776-777.

48 *Ibid.* à la page 779 (le souligné).

49 *Ibid.* à la page 773.

50 L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi, précité* note 2 à la page 107.

51 *Ibid.* à la page 110.

52 « Deuxièmement, en cas de demande de contrôle judiciaire d'une telle mesure, la cour saisie de la question doit se pencher sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement, de la même manière que notre Cour s'est demandé s'il y avait crise financière au Canada dans sa jurisprudence relative au partage des compétences. (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* [1976] 2 R.C.S. 373) » (*Ibid.* à la page 110)

53 *Ibid.* à la page 110.

54 *Ibid.* à la page 91.

55 « La menace pour l'indépendance judiciaire que constitue le pouvoir du gouvernement de fixer les traitements réside dans le fait que les juges seront peut-être influencés par la possibilité que le gouvernement les punisse ou les récompense financièrement pour les décisions qu'ils rendent. La protection contre cette possibilité est la raison d'être de l'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire. » (*Ibid.* à la page 194) Pour le juge La Forest, le test traditionnel de la personne raisonnable est efficace et suffisant. Il écrit : « Selon moi, les juges sont en mesure de garantir leur propre indépendance par l'application appropriée de la Constitution. En recourant au critère de la



force exécutoire et de résolution négative (l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi, supra* note aux pages 107-8). Le *statu quo* financier ne ferait que perpétuer le manque d'indépendance des cours concernées. Pourrait-il s'agir d'un cas de « reading in » au sens de l'arrêt *Schachter c. Canada* [1992] 2 R.C.S. 731, la mise en œuvre de la recommandation inconstitutionnellement rejetée constituant la sanction appropriée en vertu du paragraphe 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982?

En vertu du paragraphe 11d) de la Charte.

Éventuellement en vertu du *Preamble* de la Loi constitutionnelle de 1867 : voir *supra*.

La Cour réitère en ces termes au statut inconstitutionnel des cours concernées : l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Réaudition, précité* note 30 à la page 10 : « L'arrêt de notre Cour a eu pour résultat que toute personne déclarée coupable d'une infraction par la cour provinciale de l'Alberta, du Manitoba ou de l'Île-du-Prince-Édouard a été privée des droits qui lui sont garantis par l'al. 11d) ».

l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Réaudition, précité* note 30.

l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi, supra* note 2 à la page 109.

Ibid. à la page 110.

« En ce qui a trait aux juges, la détermination du niveau de la rémunération payée sur les fonds publics est politique dans un autre sens, parce qu'elle évoque le spectre de l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière. Un gouvernement peu scrupuleux pourrait utiliser son pouvoir de fixer les traitements des juges comme moyen d'influencer le déroulement et l'issue des litiges. » (*Ibid.* à la page 93)

Ibid. à la page 107. Voir aussi page 92 : « [L]a rémunération des personnes payées sur les fonds publics est une question intrinsèquement politique, en ce qu'elle met en jeu des politiques générales d'intérêt public. (...) La décision d'un gouvernement de réduire son déficit est une décision intrinsèquement politique. »

Ibid. à la page 105.

Ibid. à la page 110. Par ailleurs, si l'on accepte que l'indépendance judiciaire des cours provinciales ne siègeant pas en matière pénale est protégée en vertu du *Preamble* de la Loi constitutionnelle de 1867 (*obiter* de la Cour, *Ibid.* aux pages 63 à 78), on peut se demander de quelle façon le test des limites raisonnables de l'article 1, techniquement limité aux droits et libertés garantis par la Charte de 1982, devrait jouer, le cas échéant.

La Cour précise le caractère rétroactif d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'une mesure financière incompatible avec l'indépendance judiciaire (Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, *Réaudition* [1998] 1 R.C.S. 3 à la page 10 et s.; dorénavant, l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales, Réaudition*) « Les déclarations invalidant les dispositions attentatoires des textes législatifs et réglementaires provinciaux ont annulé ces dispositions rétroactivement. » Voir le texte accompagnant la note 34, pour une présentation de cette réaudition. Dans le cas de l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales, Renvoi*, la mesure inconstitutionnelle en étant une de réduction de rémunération, l'inconstitutionnalité rétroactive implique un remboursement aux juges (*Ibid.* à la page 19 : la suspension d'un an couvre aussi « tout remboursement pour réduction antérieure de traitement »). Des problèmes plus complexes pourraient surgir dans les cas où la mesure financière en serait une d'augmentation de rémunération adoptée dans le non-respect des exigences procédurales. Son inconstitutionnalité rétroactive impliquerait-elle un remboursement de la part des juges cette fois-ci? Par ailleurs, dans l'hypothèse où on jugera qu'une décision gouvernementale de ne pas donner suite à une recommandation d'augmentation de rémunération faite par une commission d'audit mandquée est irrationnelle, et donc inconstitutionnelle, quelle sera la sanction applicable au titre des mesures financières? La recommandation rejetée ne peut être mise en œuvre, la Cour ayant expressément rejeté les modèles de

dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».
 Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit en effet que : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les

Ibid. à la page 90.
 les *Juges des cours provinciales, Renvoi*, précité note 2 aux pages 184-85).

« Étant donné que les dispositions traitant expressément de la protection constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature précèdent clairement la protection qui elles s'appliquent, il semble exagéré d'étendre la portée de cette protection en se référant à une déclaration générale faite dans un préambule » (l'arrêt sur

l'État (Russell, précité note 1 à la page 97) et s'inquiète de l'important pouvoir judiciaire de définition des éléments essentiels de l'indépendance judiciaire inhérent à la constitutionnalisation du principe. (*Ibid.* à la page 96).
 des accords de Meech et Charlottetown. De la même façon Peter Russell se demmandait en 1987 si l'interprétation judiciaire d'une garantie constitutionnelle était la meilleure façon d'aménager les rapports entre les trois branches de l'État (Russell, précité note 1 à la page 97) et s'inquiète de l'important pouvoir judiciaire de définition des éléments essentiels de l'indépendance judiciaire inhérent à la constitutionnalisation du principe. (*Ibid.* à la page 96).
 démarches judiciaires, dans les années 80 et 90, en vue d'encourager la constitutionnalisation de l'indépendance judiciaire, notamment au moment

Il est intéressant à cet égard de relire aujourd'hui les propos de Martin Friedland, qui s'interrogeait, en 1995, sur l'opportunité de la constitutionnalisation d'un principe général d'indépendance judiciaire au Canada. Martin H. Friedland, *précité* note 6 aux pages 25 à 29. Il a notamment rappelé l'inefficace tentative de le faire formellement par le Projet de loi sur la réforme constitutionnelle de 1978 [article 100 : Le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, compte tenu du principe de la primauté du droit et de la suprématie de la loi, est un principe fondamental de la Constitution du Canada]. Il a évoqué comme hypothèse d'explication de la non-reconnaissance à ce jour d'un principe général d'indépendance judiciaire constitutionnalisés la crainte des provinces à l'égard « du renforcement de l'autonomie institutionnelle que signifierait pareille mesure » (*Ibid.*, à la page 27). Il a enfin mentionné l'existence de vaines

« En conclusion, les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada. L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental » *Ibid.*, à la page 78.

Ibid., à la page 77.

Ibid., à la page 69.

Ibid., aux pages 63 à 78.

L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 à la page 102.

Beauregard c. Canada [1986] 2 R.C.S. 56.

pages 188

« Il faut que les désirs locaux puissent être respectés dans le cadre des paramètres de l'al. 11d), étant donné que la compétence sur les tribunaux provinciaux a été attribuée aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867* » (*Ibid.*, à la page 103). Selon le juge La Forest, dissident, il s'agit à la rigueur de « mesures souhaitables du point de vue de la politique législative », mais certes pas de mesures constitutionnellement requises par le paragraphe 11d) de la *Charte* (*Ibid.*, à la

L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 à la page 111.

l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

cours provinciales, *Renvoi*, on voit mal comment les autorités politiques auraient pu être en mesure de préparer en temps opportun une justification au sens de





of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office ». Voir aussi le débat qui a eu cours en droit britannique, à propos de l'applicabilité aux juges du *National Economy Act*, 1931, prévoyant une diminution de 20 pour cent des salaires des personnes « in His Majesty's Service ». Voir notamment W. S. Holdsworth, *précité* note 1, qui argumente en faveur de la non-application de la loi aux juges au motif qu'ils ne sont justement pas « in His Majesty's Service ». Voir aussi R. F. V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940*, (Oxford : Clarendon Press, 1964) aux pages 513 et s.; W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769 et 1139 aux pages 792 et s.; et enfin Shimon Shetreet, *Judges on Trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, (Oxford : North-Holland Publishing Company, 1976) qui écrit, à la page 35 : « The administrative reduction of judicial salaries invoked a heated public controversy and divided legal scholars. The judges strongly protested against the reduction. In meeting the Prime Minister and in a collective memorandum to the Lord Chancellor, which was subsequently read in the House of Lords, they argued that the independence of the judiciary would be impaired if their salaries were reduced in this manner. The government finally retreated and the reduction of judicial salaries was cancelled. »

14 « [S]uivant un principe constitutionnel général, les traitements des juges des cours provinciales peuvent être réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics ou de certaines d'entre elles, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges en particulier (...) le gouvernement qui propose d'imposer spécifiquement aux juges, en tant que catégorie particulière, une réduction de traitement aura un lourd fardeau de justification à respecter » (l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 à la page 88. Voir aussi les pages 94-5, 99 et 111).

15 Voir la partie II de ce texte, portant sur cette norme de rationalité. La structure mise en place par la Cour ressemble au AJS (American Judicature Society) Model Statute dont on retrouve le texte et le commentaire dans Richard Chernick et Steven S. Lucas, *précité* note 6. L'obligation de motivation rationnelle d'une décision de rejet y est cependant complétée par une procédure de résolution négative, selon laquelle les recommandations de la commission ont force de loi en cas de silence des autorités politiques.

16 À simple titre d'exemple, les exigences processuelles dites constitutionnelles ment requises étant formulées pour la première fois dans l'arrêt sur les *Juges des*

en termes de rapports institutionnels, « la fixation de la rémunération des juges des cours provinciales relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du gouvernement » (l'arrêt sur les juges des cours provinciales, Renvoi, précité note 2 à la page 198); il ne s'agit pas d'un objet de « négociation », et l'expression de préoccupations et de recommandations sur la question ne peut qu'être opportune (*ibid.*).

Voir la description très systématique *ibid.* à la page 103 et s.

« Le fait d'interposer un organisme indépendant — une commission chargée d'examiner la rémunération des juges — entre le judiciaire et les autres pouvoirs contribue au respect de l'impératif de protection des tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière » (*ibid.*, à la page 102). Si la Cour constitutionnalise ici les commissions de la rémunération, elle ne crée cependant pas le concept. En effet, tant au niveau fédéral que provincial, de telles commissions existaient déjà, mises en place par des textes législatifs. Il faudra maintenant voir si les structures existantes sont compatibles avec les exigences constitutionnelles explicites par la Cour. Pour le juge La Forest, dissident, une telle structure n'est nullement requise par le principe de l'indépendance judiciaire, puisque, selon lui, « il est très clair qu'une personne raisonnable et bien renseignée ne percevrait pas que, en l'absence d'une commission, tous les changements apportés à la rémunération des juges des cours provinciales menacent l'indépendance de ces juges » (*ibid.*, à la page 192).

ibid. à la page 104.

ibid. à la page 105.

ibid. La Cour cite ici un rapport du ministère fédéral de la justice de 1995. La Cour ajoute : « Elles doivent présenter des recommandations sur la rémunération des juges en s'appuyant sur des critères objectifs et non sur des raisons d'opportunisme politique » (*ibid.*).

12 Selon les provinces, la détermination de la rémunération des juges peut relever de l'assemblée législative ou du gouvernement. À des fins de commodité de rédaction, on utilisera généralement ici la seule expression « gouvernement ».

La Cour accepte en effet d'emblée que la Constitution canadienne n'interdise pas, en principe, la diminution de la rémunération des juges. La seule limite à cet égard serait celle liée à l'existence d'un niveau minimal en deçà duquel l'indépendance judiciaire serait compromise (*ibid.*, aux pages. 112 à 115). *Contra* : la Constitution américaine, article III : « The judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both

4 « [L]a législature et l'exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer des pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant, et (...) à l'inverse, les membres de la magistrature doivent faire montre de réserve lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des questions touchant des politiques générales d'intérêt public susceptibles d'être soumises aux tribunaux, qui font l'objet de débats politiques et qui ne concernent pas la bonne administration de la justice » (l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, *précité* note 2 à la page 91. Voir aussi les pages 87-88 et 93).

5 *Ibid.* à la page 33.

6 « [I]l n'est en aucune circonstance permis à la magistrature (...) d'entamer avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant sa rémunération. De telles négociations seraient fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature » (*Ibid.* à la page 89). Sur l'interdiction de négociations, voir aussi les pages 112 à 115. On doit noter que la Cour y précise que l'interdiction de négociations n'empêche nullement la simple expression de préoccupations ou de représentations. Sur les dangers de politisation abusive reliés à une négociation directe entre les juges et le gouvernement, voir notamment Peter H. Russell, *précité* note 1 à la page 15 : « Collective bargaining implies that both sides may resort to economic or political sanctions when the bargaining breaks down ». Voir aussi Martin H. Friedland, Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995) à la page 65 : « Il reste que plus on peut éviter une négociation directe entre l'exécutif et le judiciaire, mieux cela vaudra. L'existence d'un mécanisme tampon prévient le risque de compromissions subtiles que représenterait par exemple l'octroi d'une augmentation du traitement ou de la pension contre la renonciation à faire obstacle à certaines initiatives gouvernementales majeures ». Voir enfin Richard Chernick et Steven S. Lucas, « The Need for Judicial Compensation Commissions » (1994) 78 *Judicature* 6 à la p. 6 : « [S]uch judicial lobbying may have adverse collateral effects. The specter of judges traveling to the legislature, hat in hand, to argue their cause tends to tarnish the judiciary with the imprint of politics in a manner inconsistent with the traditional role of the courts. The effect, over time, is to call into question the judiciary's autonomy and independence, attributes that are fundamental to public support of the justice system ». Le juge La Forest, dissident dans l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, a une vision fort différente de la question : selon lui,

2 [1997] 3 R.C.S. 3.

C'est en partie une inquiétude à l'égard du caractère intéressé de l'interprétation de l'indépendance judiciaire par les juges qui animait Peter Russell à l'idée d'une éventuelle constitutionnalisation formelle du principe. Il a écrit : « There is a further, somewhat indelicate, thought that must be added to these reservations about a constitutional guarantee of judicial independence. In interpreting such a guarantee, judges are policing the boundaries of their own power. In doing so, their own institutional interests are involved in a manner that does not arise when they are umpiring constitutional disputes between the two levels of government or between the citizen and government. (...) Canadians might well be cautious about making changes in the Constitution which will give judges a more powerful role in defining their own power and shift power away from those who are politically accountable and represent other interests in society » ; Peter H. Russell, *The Judiciary in Canada : the Third Branch of Government* (Toronto : McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1987), à la page 97. Dans le même sens, à propos du problème soulevé par une éventuelle application d'une loi de réduction de salaires au pouvoir judiciaire, Holdsworth écrivait en 1932 : « It is a nice problem; but the difficulty is to find out who is to solve it. The judges cannot be judges in their own cases; and there is no other tribunal which has authority to settle the problem. (...) But the fact that it is now possible that a case can arise, in which it is constitutionally impossible for the judges to obtain an authoritative ruling upon a point of law by the ordinary methods open to any other subject, raises the much wider question of the policy pursued by the state in recent years with respect to the question of the remuneration of the judges », W.S. Holdsworth, « The Constitutional Position of the Judges » (1932) *Law Quarterly Review* 25, à la page 30. Pour une expression du même malaise, par la Cour suprême des États-Unis, dans le contexte d'une affaire portant sur l'applicabilité d'un impôt à la rémunération des juges : « Because of the individual relation of the members of this court to the question, thus broadly stated, we cannot but regret that its solution falls to us; (...) But jurisdiction of the present case cannot be declined or renounced », *Evans v. Gore*, (1919) 40 Sup. Ct. Reporter 550, 253 U.S. 245.

de manipulation massive de la magistrature. Une coopération est possible, permettant l'exercice des pouvoirs respectifs vers un but commun : la protection de l'état de droit par la préservation de la continuité de l'ordre public et l'existence d'une magistrature indépendante.



En bout de ligne, tous les acteurs impliqués conservent des pouvoirs considérables. Le judiciaire a certes défini les paramètres applicables, les règles du jeu, ce que d'aucuns verront comme le pouvoir ultime. La Cour est en effet allée très loin. L'acerbe critique que l'on retrouve dans l'opinion dissidente du juge La Forest, notamment sa dénonciation du manque de légitimité du type de contrôle judiciaire mis en place par l'opinion de la majorité, n'est pas sans intérêt. L'opinion majoritaire se fonde en fait sur la prémisse selon laquelle la confiance du public en l'indépendance du pouvoir judiciaire est ébranlée par l'existence de négociations salariales directes entre les juges et les gouvernements, mais raffermie par l'interposition entre eux d'une structure dite indépendante et objective. Dans l'abstrait, cette prémisse mérite certes une réflexion approfondie. Elle apparaît cependant beaucoup plus fragile lorsqu'on la replace dans le contexte de l'affaire, soit celui 1) de réductions salariales générales applicables à l'ensemble des personnes rémunérées à même les fonds publics, et 2) d'une opinion dans laquelle la Cour suprême, au sommet de la hiérarchie judiciaire au Canada, définit une structure et un processus de détermination de la rémunération des juges, relativement complexes et détaillés, qu'elle dit constitutionnellement requis mais qui ne trouvent d'assise ni dans le texte ni dans la tradition constitutionnelle. On doit cependant savoir gré à la cour d'avoir malgré tout été relativement raisonnable dans sa grande créativité. Les gouvernements provinciaux conservent le pouvoir de déterminer la rémunération des juges, dans le respect de leurs priorités et sans être contraintes par un modèle uniforme pour toutes les provinces. Les gouvernements provinciaux doivent mettre en place une structure dont l'efficacité première devrait en principe être de rassurer la population face à un danger de politisation abusive, et donc d'encourager la confiance en l'administration de la justice. Les tribunaux évalueront la rationalité d'une décision gouvernementale de ne pas donner suite aux recommandations de la commission provinciale en vertu d'un critère souple qui ne devrait en fait que traduire les préoccupations de la personne raisonnable face aux dangers



l'assemblée législative doit en ces matières être marqué au coin de la plus grande retenue⁹⁷. En l'espèce, la Cour suprême de la C.-B. a confirmé la validité de la résolution contestée⁹⁸. Les dispositions législatives n'autorisant que le rejet des recommandations d'une commission de la rémunération des juges considérées injustes ou déraisonnables ont donc été interprétées comme laissant à l'assemblée législative une marge d'appréciation importante. À fortiori une telle adaptation devra-t-elle être permise dans la structure mise en place dans l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi*, où le parti en cause a assujéti le pouvoir gouvernemental de détermination de la rémunération des juges à une obligation préalable de critique motivée des recommandations de la commission? Le langage de l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *Renvoi* est clair : est imposée au gouvernement l'obligation de démontrer la rationalité de sa propre décision en matière de rémunération, et non pas celle de démontrer l'irrationalité ou le caractère déraisonnable de la recommandation à laquelle il décide de ne pas donner suite. Cette recommandation est certes un élément d'information pertinent dont le gouvernement doit « tenir compte »⁹⁹, mais la démonstration de ses lacunes, notamment en termes d'irrationalité, n'est pas une condition nécessaire à la rationalité de la décision gouvernementale de ne pas y donner suite. À partir d'un ensemble de données dont il dispose, qu'il n'a nullement l'obligation de divulguer à la commission, et à la lumière de ses priorités budgétaires [« décision intrinsèquement politique »]¹⁰⁰, le gouvernement peut prendre une décision relative à la rémunération des juges tout aussi rationnelle que la recommandation à laquelle il déroge. En matière de politique sociale et économique, où « les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments »¹⁰¹, deux décisions différentes peuvent être tout aussi rationnelles l'une que l'autre. De plus, il se peut fort bien qu'en ces matières – ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire »¹⁰².

La Cour a d'ailleurs soigneusement évité un langage déjà utilisé par d'autres en matière de rémunération des juges et qu'on aurait pu interpréter comme créant pour les autorités législatives ou gouvernementales une obligation de démontrer les lacunes des recommandations de la commission auxquelles elles décident de ne pas donner suite. On pense ici à certaines dispositions de la *Provincial Court Act* (C.-B.)⁹², telles qu'elles ont été discutées et interprétées par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Re Judicial Compensation Committee*⁹³. Cette loi prévoyait la création d'une commission de la rémunération des juges dont les recommandations étaient exécutoires à moins que l'assemblée législative provinciale ne les rejette par résolution au motif qu'elles étaient injustes ou déraisonnables⁹⁴. Une telle résolution de rejet a été contestée par l'Association des juges provinciaux comme étant illégale et non autorisée par les dispositions législatives pertinentes. On doit remarquer qu'il s'agissait dans cette affaire d'une question de droit administratif et d'interprétation statutaire, et que la résolution de rejet n'a nullement été contestée en première instance comme portant atteinte au principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire⁹⁵. L'Association a notamment allégué que le texte et l'objet de la loi déterminaient de la façon suivante le pouvoir de l'assemblée législative : dans l'évaluation du caractère raisonnable ou non d'une recommandation de la commission, la seule question est de savoir si la recommandation est objectivement déraisonnable, c'est-à-dire clairement irrationnelle au point où aucune personne raisonnable ne pourrait l'appuyer. Les seules données pertinentes, dans le cadre de cette analyse, sont les conclusions de fait et les recommandations de la commission; l'assemblée législative n'est pas autorisée à tenir compte de ses propres considérations de politique gouvernementale, par exemple.

La Cour suprême de la C.-B. a rejeté cette argumentation et a jugé que la loi laissait à l'assemblée législative une marge de manœuvre beaucoup plus considérable. Le texte et l'objet des dispositions en cause l'amènent à la conclusion suivante : dans son évaluation des recommandations de la commission, l'assemblée législative peut procéder à sa propre évaluation, à la lumière de la situation financière de la province et de ses propres préoccupations face aux dépenses publiques⁹⁶. Le contrôle

5. Le poids des recommandations de la commission de la

remunération

L'existence même des recommandations de la commission de la remunération constitue en principe le meilleur argument de celui qui souhaite contester la rationalité d'une décision gouvernementale de ne pas y donner suite. En effet, ces recommandations sont en principe « objectives et équitables, dictées par l'intérêt public »⁹⁶, fondées « sur des critères objectifs, et non sur des raisons d'opportunisme politique ». Elles auront été élaborées par un organisme indépendant, bien informé, qui tiendra compte des observations de la magistrature, de l'exécutif et de l'assemblée législative, ainsi que d'une série de critères pertinents, et qui aura possiblement engagé des consultants et commandé des études de sciences sociales et économiques.

L'argument serait le suivant : la structure d'élaboration des recommandations de la commission garantit en principe leur caractère objectif, rationnel et bien fondé, et un gouvernement qui souhaite ne pas y donner suite mais qui a l'obligation constitutionnelle de démontrer la rationalité de son action devra d'abord être en mesure d'en démontrer les lacunes. Un peu comme si une recommandation de la commission était une première décision que le gouvernement ne peut renverser qu'en en démontrant les vicissitudes internes, soit le caractère erroné, déraisonnable ou irrationnel.

5 et argument, quoique présentant une certaine logique, ne peut être retenu.

Tout d'abord, il utilise un mode de pensée propre au droit administratif, du type contrôle judiciaire de l'erreur administrative déraisonnable, dans un contexte qui ne s'y prête pas. Les commissions de la remunération ne sont nullement des organismes de décision capables d'autoriser des dépenses de fonds publics. La Cour elle-même le précise. Elles n'ont que des pouvoirs de recommandation non contraignante. Ce sont les autorités législatives ou gouvernementales qui sont toujours constitutionnellement habilitées à déterminer le montant de la remunération des juges, qui doit être payé à même les fonds publics.

d'experts pourront éclairer sur le contexte économique. Des études de rappels sociaux et économiques pourront être déposées en preuve. Rappelons-le, ces divers moyens de preuve n'auront qu'à établir l'existence d'un fondement raisonnable à l'action gouvernementale et non pas la réalité des faits discutés en tant que telle.

4.3 Preuve contraire

Le fardeau de preuve imposé au gouvernement étant limité à la démonstration d'un fondement raisonnable à son action, la partie adverse est dans la position difficile d'avoir à démontrer l'irrationalité de la mesure gouvernementale. La cour n'a pas ici à se prononcer sur une quelconque prépondérance des preuves⁸⁴. La simple existence d'une preuve contraire est donc sans utilité. Elle ne devient pertinente que dans la mesure où elle détruit tout fondement rationnel à la croyance législative⁸⁵.

Je ne crois d'ailleurs pas que la Cour ait voulu mettre en place le décor d'une interminable bataille d'experts sur la gravité de la situation économique, ou encore sur l'urgence de la réduction du déficit. Les tribunaux ne peuvent⁸⁶ ni ne doivent arbitrer un tel débat. Je ne crois pas non plus qu'ils le veulent.

L'efficacité de la structure mise en place réside plutôt dans la transparence et la justification publique qu'elle exige des interventions gouvernementales en matière de rémunération des juges⁸⁷ afin d'assurer la confiance du public dans le système judiciaire⁸⁸. Le respect des formalités mises en place est vu comme une protection efficace contre la manipulation financière et le gage du respect de l'indépendance judiciaire⁸⁹.

En matière de rémunération des juges constitutionnellement protégée, l'enjeu est en fait l'existence d'une justification publique judiciairement exigée pour éviter la manipulation financière des juges, et non pas la « vérité » d'allégations relatives à certains faits et qui est supposée naître du débat contradictoire.

de la rationalité de son intervention, placer cette dernière à l'abri du contrôle judiciaire. La disponibilité du contrôle judiciaire de constitutionnelle est enchevêtrée en droit constitutionnel canadien. De plus, on comprend aisément qu'accorder un poids décisif à une telle déclaration tronquerait l'équité du processus de contrôle judiciaire de constitutionnalité en tournant à une partie le contrôle exclusif d'une arme fatale. L'équité exige une quelconque possibilité de contestation de déclarations gouvernementales de faits.

Les tribunaux devront toutefois accorder une considération réelle à de telles déclarations de faits⁷⁶. Ce nécessaire respect minimal que doivent manifester les juges se fonde à la fois sur une attitude de défiance à l'égard de l'évaluation législative des faits et sur la reconnaissance d'une meilleure expertise gouvernementale à cet égard.

Une déclaration d'existence de certains faits, par une assemblée législative ou un gouvernement, devra donc être traitée avec le plus grand respect. Elle ne lie certes pas le tribunal, mais elle représente une opinion éclairée et marquée par la légitimité démocratique. Une telle déclaration devrait *prima facie* être considérée comme vraie et être fondée sur une analyse adéquate de la situation⁷⁸.

4.2 Autres moyens de preuve

Les autres éléments de preuve pourrout étayer la rationalité de la décision gouvernementale. S'agissant de faits sociaux, parfois appelés faits législatifs, ils seront plus faciles à établir. Les faits législatifs, écrits ailleurs la Cour suprême, sont ceux qui établissent l'objet et l'histoire de la loi. Y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères⁷⁹. Ils ne peuvent être prouvés « comme on prouve un fait dans une cause ordinaire⁸⁰ ». Les moyens de preuve de ce type de faits sociaux sont ainsi plus souples et informels. C'est à leur propos qu'on réfère à la technique des *Brandeis briefs*⁸¹, et que les tribunaux ont considérélement assoupli les exigences traditionnelles de la connaissance d'office⁸². La Cour pourra, par exemple, prendre connaissance d'office d'une situation économique difficile⁸³ et de l'existence de mesures gouvernemen-



erronée. Elle ne sera que rationnelle ou non, à la lumière d'un certain

contexte factuel.

Le caractère délibéré du renvoi à l'affaire *Anti-inflation* est confirmé lorsque la Cour exclut explicitement la méthodologie du test des limites raisonnables développée en rapport avec l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷². Selon la Cour, il ne s'agit donc pas, à propos de la rémunération des juges, de s'interroger sur l'importance de l'objectif poursuivi et sur la proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés⁷³.

4. Type de preuve

La Cour exige donc à la fois un énoncé public des motifs de la décision gouvernementale et la démonstration « du caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »⁷⁴.

4.1 *Insuffisance de la déclaration gouvernementale?*

La Cour impose aux autorités gouvernementales l'obligation d'énoncer les motifs légitimes pour lesquels elles ont pris une décision qui déroge aux recommandations de la commission de la rémunération des juges. Cette décision gouvernementale ne sera constitutionnelle que si elle est jugée « rationnelle » à la lumière d'un contexte factuel particulier. Quel type de preuve sera requis afin d'asseoir un tel jugement de rationalité?

La simple affirmation de l'existence de certains faits, par une autorité gouvernementale ou législative, ne peut, en soi, en constituer la preuve absolue⁷⁵; mais elle doit minimalement en constituer une preuve *prima facie*. Cela est particulièrement vrai dans le contexte constitutionnel. Les principes acceptés de droit constitutionnel empêchent en effet de conférer une valeur déterminante à une telle déclaration. Une autorité législative ou gouvernementale ne peut placer son intervention à l'abri du contrôle judiciaire en déclarant l'existence des faits nécessaires à sa validité constitutionnelle⁷⁶. Cette incapacité, si elle vaut pour l'établissement des faits, joue *a fortiori* pour la qualification constitutionnelle de ces faits. En matière de rémunération des juges, par exemple, un gouvernement ne pourra, par une affirmation péremptoire



décision, un choix, certes fait à la lumière d'un contexte factuel particulier, mais nullement dicté par ce dernier⁶⁴. Il ne s'agit pas d'un fait pur, en pourrait-on dire, qui ne peut être réduit à une forme quelconque de raisonnement scientifique. La justesse ou l'exactitude d'une telle décision peut être scientifiquement démontrée. Il ne s'agit pas d'une question empirique⁶⁵.

Certinement consente de cette réalité, la Cour relie expressément son exigence de démonstration d'un fondement factuel à l'approche qu'elle a développée dans l'arrêt *Anti-Inflation*⁶⁶. On se souviendra que, dans cette affaire, dans un contexte où la constitutionnalité d'une loi fédérale réglementant les prix et salaires dépendait de l'état de la situation économique au pays, la Cour a précisé que la preuve factuelle n'était requise à cet égard qu'afin de démontrer l'existence d'un fondement rationnel à la décision législative⁶⁷.

Il s'agit d'un objet de preuve distinct de l'existence d'un fait, preuve traditionnellement connue en droit. Il s'agit de l'existence d'un fondement rationnel à la croyance législative en l'existence de certains faits, plutôt que de leur existence même⁶⁸. Ce type particulier d'objet de preuve serait devenu depuis lors la norme dans les litiges constitutionnels fondés sur le partage des compétences⁶⁹, et est peut-être en voie de le devenir dans les litiges fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷⁰. La nature des faits dont on parle ici, des faits économiques et sociaux aux contours incertains et à propos desquels on ne peut émettre que des certitudes limitées, exige un tel objet de preuve⁷¹. De plus, ces faits ne sont pas en principe, au cœur du débat judiciaire, mais servent plutôt à expliciter le contexte d'une mesure gouvernementale.

La Cour ne rétère pas par hasard au type de fardeau de preuve développé dans *Anti-Inflation*. Elle le fait délibérément, dans un contexte de détermination de la rémunération des juges où se confrontent des faits économiques et sociaux à propos desquels la certitude empirique est à toutes fins utiles inexistante. On l'a vu, la décision relative à la rémunération des juges ne sera jamais bonne ou mauvaise, exacte ou

orthodoxe, développée par une jurisprudence constante et utilisée par le juge La Forest dans son opinion dissidente⁵⁵.

Il est à noter que les juges majoritaires et le juge dissident s'entendent en l'espèce sur le fait qu'une mesure générale de réduction des salaires des personnes rémunérées à même les fonds publics, mesure adoptée en fonction des priorités budgétaires gouvernementales ne pose en principe aucun problème quant à l'indépendance des juges⁵⁶. La Cour admet en effet qu'une telle mesure serait à première vue une décision gouvernementale rationnelle. Elle « vise normalement à mettre en œuvre les priorités budgétaires globales du gouvernement et, par conséquent, vise généralement à réaliser un objectif plus vaste d'intérêt général »⁵⁷. On doit comprendre de ce passage que de strictes considérations budgétaires suffiront dans certains cas à démontrer la rationalité de décisions gouvernementales⁵⁸. La Cour explique du même trait de plume que moins la mesure contestée risque de servir de moyen de manipulation financière et d'ingérence politique, plus facile sera la preuve de sa rationalité⁵⁹. Le contrôle de rationalité décrit par la majorité de la Cour rejoint ici le test que privilégie le juge La Forest : la personne raisonnable et bien renseignée ne verra aucune atteinte à la sécurité financière des juges dans une mesure applicable à toutes les personnes payées à même les fonds publics⁶⁰.

3.2 Vérifier le « caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »

Selon la Cour, la norme de justification de rationalité est aussi efficace en ce qu'elle autorise le contrôle judiciaire « du caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement »⁶¹. Non seulement la mesure budgétaire gouvernementale devra-t-elle refléter un objectif d'intérêt général, elle devra, de plus, être justifiée par les faits. On peut avoir momentanément l'impression de quitter le monde incertain des principes et des valeurs pour aller vers celui, plus objectif, des données empiriques⁶². L'impression est cependant brève, tant pour des raisons de principe que parce que la Cour y met rapidement et explicitement fin. Au niveau des principes, d'abord, on doit d'emblée admettre que toute mesure gouvernementale de dépense publique demeure une

dépenses concernant l'affectation des ressources publiques relèvent généralement de la compétence de l'assemblée législative et, par l'entremise de celle-ci, de l'exécutif », et que « la dépense de fonds publics est une question intrinsèquement politique ».⁵⁰

3. La double efficacité de la norme

Selon la Cour, l'efficacité de la rationalité comme norme de justification se manifeste de deux façons.⁵¹ Tout d'abord, elle permet de départager les décisions comportant ingérence politique ou discrimination de celles adoptées dans l'intérêt public. Elle autorise de plus le contrôle judiciaire du fondement factuel de la décision gouvernementale.⁵² Corrélativement, situées dans une tradition jurisprudentielle établie, ni l'un ni l'autre de ces volets de la norme de rationalité n'imposent cependant un lourd fardeau de justification.

3.1 *Déceler les décisions comportant ingérence politique ou discrimination*

La Cour décrit ainsi le premier volet de l'efficacité de la norme de rationalité, soit le contrôle de l'objet de la mesure gouvernementale : « [E]lle permet de déceler les décisions concernant la rémunération des juges qui reposent sur des considérations purement politiques, ou les mesures qui ont été édictées pour des motifs discriminatoires. Seules peuvent être justifiées les modifications ou blocages de traitement qui reposent sur des objectifs d'intérêt public, au sens large de cette expression.⁵³ »

La norme est ici formulée en termes de « considérations », de motifs et d'objectifs. Il s'agit d'un type de contrôle judiciaire traditionnel fondé sur des concepts, des idées, des perceptions. On retrouve donc une préoccupation relative à d'éventuelles tentatives de pressions politiques exercées sur le pouvoir judiciaire par le biais des questions financières.⁵⁴ On rejoint le concept le plus traditionnel de l'indépendance judiciaire, soit la liberté de juger à l'abri de toute intervention politique. En vertu de ce concept, l'éventuel impact de toute mesure financière visant les juges devra passer le test de la perception de la personne raisonnable et bien informée. C'est là le test

La norme de contrôle mise en place par la Cour suprême est celle de la rationalité. Le gouvernement devra démontrer la rationalité de sa décision de ne pas donner suite à une recommandation de la commission, le cas échéant.

La rationalité, c'est le caractère de ce qui obéit aux lois de la raison, de ce qui peut être connu ou expliqué par la raison, de ce qui est raisonnable et semble fait avec bon sens⁴². Le bon sens, synonyme de sens commun, serait quant à lui la capacité de bien juger, sans passion, en présence de problèmes qui ne peuvent être résolus par un raisonnement scientifique⁴³. On mesure ici la gravité d'un prononcé judiciaire de non rationalité d'une décision gouvernementale, tout comme le caractère éminemment subjectif et relatif d'un jugement de rationalité.

A titre d'analyse, et en faisant les nuances qui s'imposent, on peut rappeler ici certains propos récents de la Cour suprême à propos d'une norme médiane de contrôle en droit administratif, soit celle du contrôle judiciaire de la décision administrative « déraisonnable »⁴⁴. Il s'agit, selon la Cour, d'un type de contrôle intermédiaire, à mi-chemin entre le contrôle de la décision manifestement déraisonnable et celui de la décision erronée⁴⁵. « Est déraisonnable, écrit la Cour, la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé »⁴⁶. La question principale serait la suivante : « existe[-t-il] quelque motif étayant cette conclusion »⁴⁷ ? En définitive, écrit enfin la Cour, la norme de la décision raisonnable ne fait que dire aux cours chargées de contrôler les décisions des tribunaux administratifs d'accorder un **poils considérable** aux vues exprimées par ces tribunaux sur les questions à l'égard desquelles ceux-ci possèdent une **grande expertise** »⁴⁸. L'expertise serait en fait le facteur décisif dans la détermination de la norme de contrôle applicable⁴⁹.

Ces propos relatifs à une norme de contrôle de caractère raisonnable [ou rationnel] d'une décision administrative sont empreints de retenue. Ils sont *a fortiori* applicables au contrôle judiciaire de la rationalité de la décision gouvernementale mis en place dans le *Renvoi*, puisque « les



expliquent et justifient publiquement pourquoi, le cas échéant, elles dérogent à des recommandations décrites comme « objectives et équitables, dictées par l'intérêt public »⁴⁹.

1. Fardeau et moment du débat

Une remarque préalable s'impose relativement au cadre dans lequel la répartition traditionnelle des fardeaux de preuve dans un litige fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés* était le suivant : la partie qui invoque la violation de ses droits doit en faire la preuve, alors que c'est ment le gouvernement) d'en établir le caractère raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Or, dans le *Renvoi*, la Cour impose au gouvernement une obligation de démontrer la rationalité de sa décision à l'intérieur même de l'analyse du contenu du droit à un tribunal indépendant au sens de l'Id), donc à l'étape de la détermination de l'atteinte au droit plutôt qu'à celle de l'étude du caractère raisonnable de cette atteinte. L'Id) doit donc apporter une certaine justification afin d'appuyer l'indépendance du tribunal en cause.

Si le tribunal est convaincu de la rationalité de la décision gouvernementale, il n'y a pas de violation des exigences constitutionnelles, et le débat est clos. À l'opposé, une conclusion de non-rationalité de la décision gouvernementale donnera lieu à un prononcé de violation du droit d'être jugé par un tribunal indépendant, sauf si le gouvernement établit qu'il s'agit d'une limite prescrite par une règle de droit et repandant aux limites des limites raisonnables développées par la jurisprudence.

On peut cependant se demander si le recours à la norme de justification de l'article premier ne devient pas alors tout à fait illusoire, puisque la ou l'élément précise que la norme de justification de la rationalité sous l'Id) est moins exigeante que celle de l'article premier⁴⁰. Si la première n'est pas satisfaisante, la seconde ne le sera pas non plus.

Le contexte d'élaboration de ce test de rationalité est en effet le suivant. La prévention de l'ingérence politique par le moyen d'une quelconque manipulation financière constitue la raison d'être du volet financier de l'indépendance judiciaire³⁷. La détermination de la rémunération des juges constitue cependant une affectation de fonds publics qui relève constitutionnellement des autorités gouvernementales et qui est une « question intrinsèquement politique »³⁸. Un compromis est mis en place : les autorités gouvernementales conservent ce pouvoir politique de déterminer la rémunération des juges, mais sont à cet égard assujetties à un contrôle public en ce qu'elles doivent

On abordera dans la présente partie certains aspects de cette norme de rationalité, tous reliés par un thème commun : cette norme permettra un contrôle réel et efficace, mais le contexte de la rémunération des juges exigera qu'on l'applique avec une souplesse particulière.

La Cour affirme que la structure constitutionnelle mise en place ne prive pas le gouvernement de son ultime pouvoir d'augmenter, de réduire ou de bloquer le salaire des juges. S'il décide cependant de le faire en contrevention aux recommandations de la commission constitutionnellement requise, il doit être en mesure de démontrer la rationalité de son choix, au besoin devant une cour de justice³⁵. La Cour écrit :

En l'espèce ... la norme de justification est celle de la rationalité. Elle commande que le gouvernement justifie par un motif légitime sa décision d'écarter la recommandation de la commission et, le cas échéant, d'avoir traité les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics³⁶.

II. La norme de rationalité : quelques réflexions

Immédiate, et, à court terme du moins, désastreux. L'impact du jugement sur l'administration de la justice aurait été nouvelle structure de rémunération. À défaut d'une telle suspension, d'un souci de réalisme vu les délais nécessaires à la mise en œuvre de la une période d'un an (pour l'ensemble du Canada), faisant ainsi preuve l'avent, elle a suspendu les effets du jugement de septembre 1997 pour raison des modalités de détermination de leur rémunération. Quant à



ré-audition dans le *Renvoi* qui nous intéresse³⁴, illustre on ne peut mieux cette inquiétude. Quant au passé, la Cour a dû y affirmer l'application de la doctrine de la nécessité afin d'éviter toute contestation des actes posés par des tribunaux dont l'indépendance était compromise en

la récente opinion émise par la Cour le 10 février 1998, suite à une au cœur de la primauté du droit. Personne n'y gagnerait.

Paralyse de l'administration de la justice. Un coup fatal serait ici porté sur la sécurité financière institutionnelle de l'indépendance judiciaire³⁵. structure et du processus que la Cour a dit inhérents au volet de la être considéré comme indépendant à cause du non-respect de la matière pénale³⁶ qu'en matière civile³⁷ par un tribunal qui ne peut plus

Plus encore, les justiciables pourraient refuser d'être jugés tant en de la commission.

gouvernementale non justifiée suite à une recommandation périodique d'indépendance du tribunal pourrait aussi être le fait de l'inaction qu'il n'y aurait pas toujours de telle mesure, puisque l'absence de la mesure financière contestée³⁸. On comprend cependant graves. Tout d'abord, minimalement, il entraînerait l'inconstitution-détermination de la rémunération des juges aurait des conséquences pour cause de non-respect de la structure et du processus de En jugent concluant à l'absence d'indépendance d'un tribunal

contrôle judiciaire de la rationalité. complexe. La deuxième partie de ce texte est consacrée à l'étude de ce sur la rationalité d'une décision gouvernementale risqué d'être plus peut donner lieu à un prononcé d'inconstitutionnalité, le débat portant chacun des éléments présentes comme obligatoires dans le jugement démontrant la rationalité d'une telle décision. Si le non-respect de et dont le gouvernement ne peut rejeter les recommandations qu'en l'établissement d'une commission dont les membres sont indépendants effet³⁹. Ces exigences consistent essentiellement, on l'a vu, en dans le jugement sera en principe inconstitutionnelle, et donc sans pour les juges et prise en violation des exigences procédurales formulées minimalement⁴⁰. Toute décision gouvernementale relative à la rémunération, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extra-

73

juges »²¹ bénéficiaient autant aux juges des cours supérieures visés par l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu'aux juges des cours provinciales siégeant en matière pénale, dans le cas de ces derniers en vertu du paragraphe 11d) de la *Charte*.

On peut sans trop de risques inférer d'un long *obiter* de la Cour²² que la constitutionnalisation du processus de rémunération s'étend aussi à tous les juges des cours provinciales qui ne siègent pas en matière pénale et auxquels le paragraphe 11d) ne s'applique donc pas, et, à la rigueur, à l'ensemble des tribunaux judiciaires au Canada. En effet, la Cour consacre de longs propos à l'idée selon laquelle les dispositions constitutionnelles expressément relatives à l'indépendance judiciaire ne sont que des illustrations du principe constitutionnel fondamental de l'indépendance judiciaire qui, lui, est implicitement consacré par la référence à la constitution britannique que l'on retrouve au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la Cour, ce dernier « reconnaît et confirme les principes fondamentaux » de la constitution canadienne, et constitue « une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel »²³. Ainsi, la reconnaissance constitutionnelle explicite du droit des inculpés d'être jugés par un tribunal indépendant est-elle vue comme la manifestation d'un principe général s'appliquant à « tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent »²⁴.

La Cour interprète donc la Constitution canadienne comme incluant une protection générale de l'indépendance judiciaire²⁵. Cela peut sembler à tout le moins surprenant puisque diverses tentatives de constitutionnalisation formelle du principe ont à ce jour échoué²⁶. Tout comme le juge La Forest, on peut s'inquiéter ici de ce que les déclarations de principe d'un vague préambule puissent l'emporter ainsi sur des dispositions à première vue délibérément ciblées²⁷.

2.2 Effets

L'application du principe de la suprématie de la constitution constitue l'effet premier et fondamental de la constitutionnalisation du processus par commission de la rémunération. En effet, sous réserve de l'exception prévue dans le jugement « en cas de crise financière

l'administration de la justice ». Ainsi, la mise en place de la structure peut donner lieu à des négociations et à des consultations entre la magistrature et les autorités politiques. Restent notamment à déterminer la composition exacte des commissions (une certaine indépendance ainsi qu'une diversité seraient ici souhaitables), les détails des mécanismes de nomination, le type d'information dont la commission devrait tenir compte dans l'élaboration de ses recommandations. Comme toute, dans la mesure où elles assurent l'interposition d'une structure indépendante, objective et efficace dans le mécanisme de détermination de la rémunération des juges, les autorités gouvernementales conservent une marge de manœuvre importante.

2. La constitutionnalisation de la structure et du processus : portée et effets

Selon la Cour, la structure et le processus dont il vient d'être question sont bien plus qu'un souhaitable projet de politique législative, ils sont constitutionnellement requis¹.

2.1 Portée

Tout d'abord, la structure et le processus mis en place dans l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Kent*, sont constitutionnellement requis en vertu des droits garantis au paragraphe 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le jugement rendu par la Cour ne porte en fait, techniquement, que sur la portée de cette disposition. Ainsi, minimalement, le processus de détermination de la rémunération de tous les juges du Canada appelés à rendre des jugements en matière pénale ou criminelle, qu'ils soient de nomination fédérale ou provinciale, devra respecter les exigences formelles par la Cour. Ces dernières semblent à tort applicables à tous les juges de nomination fédérale visés par l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit spécifiquement la sécurité financière des juges des cours supérieures et qui a été discuté par la Cour suprême dans l'affaire *Beauregard*². La Cour affirme en effet que « les paramètres constitutifs du pouvoir de modifier ou de bloquer les traitements des

On peut s'étonner de la créativité dont fait ici preuve la Cour suprême, eu égard à son rôle institutionnel¹⁶. Cette dernière précise cependant qu'elle ne souhaite pas « fixer dans la pierre constitutionnelle un cadre institutionnel particulier »¹⁷, et que les exigences ci-haut mentionnées peuvent être satisfaites dans le respect de la diversité permise par la compétence constitutionnelle provinciale en matière

recommandations de la commission¹⁵.
rationalité d'une décision de ne pas donner suite à une ou à des mesures visant spécifiquement les juges¹⁴, mais doit démontrer la ou de blocage, par une mesure d'application générale ou encore par une rémunération des juges, qu'il s'agisse d'augmentation, de diminution¹³ échéant¹², conserve par la suite le plein pouvoir de déterminer la périodes fixes. Le gouvernement, ou l'assemblée législative, le cas gouvernementale ou encore, en cas d'inaction gouvernementale, à dictées dans l'intérêt public »¹¹, et ce ou bien suite à une proposition, consiste à « présenter des recommandations objectives et équitables, législatif, exécutif ou judiciaire¹⁰. Le mandat de ces commissions de ceux-ci ne doit pas relever exclusivement de l'un des trois pouvoirs, certaine inamovibilité (mandats à durée déterminée)⁹. La nomination rémunération doivent être instaurées, dont les membres jouissent d'une en place sont les suivants. Des commissions provinciales de Les traits essentiels et obligatoires de la structure et du processus mis réelle ou apparente⁸.

la rémunération », s'impose afin d'éviter toute manipulation financière la rémunération dite indépendante, objective et efficace⁷, une « commission de négociations relatives aux salaires de ces derniers⁶. L'interposition d'une gouvernement et les juges ne soient pas directement impliqués dans des Selon la Cour, le principe de l'indépendance judiciaire exige que le

processus

1. La détermination de la rémunération des juges : structure et

discussion de la portée et des effets de leur constitutionnalisation.
sommaire de la structure et du processus mis en place, et à une brève nellement requise. La présente partie est consacrée à une description



indépendante, objective et efficace, le tout afin d'éviter toute manipulation financière réelle ou apparente.

L'objectif est ici de déposer les rapports entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État : tout comme les juges ne doivent pas intervenir publiquement sur des questions politiques, le législatif et l'exécutif ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le judiciaire⁴.

La Cour dit souhaiter participer ainsi à l'élimination de ce qu'elle perçoit comme l'existence d'une certaine tension entre les gouvernements et les juges provinciaux relativement à la rémunération de ces derniers⁵, en précisant les arrangements institutionnels constitutionnellement requis à cet égard.

La Commission du droit du Canada a organisé, en mars 1998, une conférence portant sur l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi* et visant à créer des conditions de dialogue entre les juges des cours provinciales et les gouvernements provinciaux. Le présent texte constitue une version, que j'espère améliorée, de la présentation que j'en ai faite.

Une première partie décrit sommairement la structure et le processus de rémunération des juges mis en place dans l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi* et s'intéresse à la portée et aux effets de leur constitutionnalisation. Une seconde partie est consacrée à l'étude de la norme de contrôle élaborée par la Cour et en vertu de laquelle une assemblée législative ou un gouvernement provincial ne peut déroger à une recommandation d'une commission de la rémunération des juges qu'à la condition d'être en mesure de démontrer la rationalité de sa décision. On y aborde notamment l'efficacité de la norme et certaines questions de preuve qui s'y rattachent. Dans la mesure où ce texte apportera certaines pistes de réflexion, et, dans la mesure des hypothèses, certains éléments de réponse aux acteurs et institutions touchés par la problématique qu'il aborde, il aura largement atteint son objectif.

1. L'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi*

La Cour met en place dans l'arrêt sur les juges des cours provinciales, *Renvoi* l'organisation de la rémunération des juges qu'elle estime constitution-

En septembre 1997, la Cour suprême du Canada a mis en place une structure de détermination de la rémunération des juges qu'elle estime exigée pas la constitution. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (d'oresnavant l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*²), la Cour a lu dans le droit à un tribunal indépendant garanti à tout inculpé par le paragraphe 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*³ l'existence d'une protection relativement complexe du volet de la sécurité financière institutionnelle de l'indépendance judiciaire. Selon la Cour, cette disposition constitutionnelle interdit la négociation salariale entre les juges et le pouvoir politique, et impose à cet égard l'interposition d'une structure

les concernant¹.
 Le respect des institutions politiques et judiciaires est essentiel au bon fonctionnement de l'administration de la justice. Il postule l'existence d'un pouvoir judiciaire réellement indépendant et d'une structure qui atteste de cette indépendance. Certes, le pouvoir politique ne doit pas se comporter de façon à mettre en péril cette indépendance, ou même la seule apparence de cette indépendance. Mais les juges ont aussi des obligations dans ce contexte. En effet, notre système constitutionnel fait en sorte qu'il leur revient de définir les contours des exigences de l'indépendance judiciaire. Ils doivent s'acquitter de cette tâche avec la retenue et la sobriété qu'ils attendent des interventions politiques qui

Introduction

Danielle Pinard

Le contrôle de rationalité
 mis en place dans le Renvoi
 relatif à la rémunération des
 Juges de la Cour provinciale
 de l'Île-du-Prince-Édouard :
 réel, efficace et souple





¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* à la page 90.

¹⁵ [1985] R.C.S. 673.

¹⁶ [1990] 3 R.C.S. 1077.

l'indépendance de la magistrature, l'administration de la justice pourrait en être déconsidérée aux yeux du public. Or, la confiance du public constitue la justification fondamentale de la conception maintenant élargie de l'indépendance de la magistrature.

¹ [1997] 3 R.C.S. 3.
² La majorité est constituée du juge en chef Lamer, qui a rédigé les motifs, ainsi que des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci qui souscrivent à ses motifs. Le juge La Forest est le seul dissident.

³ *Attorney General of Canada v. Attorney General of Ontario (Labour Conventions)*, [1937] A.C. 326 (C.P.).

⁴ *Edwards v. Attorney General of Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

⁵ L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, *supra* note 1 à la page 63.

⁶ *Ibid.* à la page 69.

⁷ *Ibid.* à la page 78.

⁸ *Ibid.* aux pages 69 et suivantes. La Cour poursuit avec des exemples d'affaires qui, selon elle, ont été tranchées sur le fondement des principes structurels du préambule, puis elle conclut comme suit (à la p. 75) : « Ces exemples — les principes de la reconnaissance totale et de la suprématie, la réparation novatrice que constitue la déclaration d'invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l'attribution à l'autorité fédérale du pouvoir de réglementer la liberté d'expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d'expression politique — illustrent l'effet juridique particulier du préambule. Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle* de 1867 et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. »

⁹ *Ibid.* à la page 82.

¹⁰ *Ibid.* à la p. 85.

¹¹ *Ibid.* à la page 110.

¹² *Ibid.* à la page 113.

et abjurer et d'écarter. Les actions intentées en Colombie-

Britannique en offrent la preuve.

Le traitement relativement bref de la question de l'immovibilité

pourrait permettre de faire valoir que la Constitution requiert la prise

de nouveaux arrangements institutionnels pour la nomination et la

destination des juges. Il y a eu une allusion au cas des destitutions et, pour

ce qui est des nominations, cela s'inscrit implicitement dans la logique

de l'approche adoptée en matière de séparation des pouvoirs. En outre,

on laisse entendre qu'une « enquête judiciaire », le cas échéant, sur

l'aptitude d'un juge pourrait être interprétée comme ne pouvant être

entendue que par des juges. En d'autres termes, les membres profanes d'un

conseil de la magistrature ne pourraient juger un juge.

Pour ce qui est de la rémunération, il existe déjà, en pratique, des

précédents pour le recours à un organisme indépendant. Le Conseil de la

magistrature aide le Parlement à exercer le pouvoir de destitution des juges

(voir par exemple l'art. 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les provinces,

pour leur part, ont recourus à divers régimes législatifs pour la destitution

des juges des cours provinciales, mais aucune n'a encore utilisé un

conseil ou une commission à cette fin. L'arrêt pourrait entraîner des

changs relativement à la dimension institutionnelle de l'immovibilité et

aux répercussions, sur l'indépendance judiciaire, de dispositions légis-

latives non conformes aux paramètres énoncés par la Cour.

Rien dans les motifs de la majorité ne vient restreindre le principe de

l'indépendance judiciaire aux cours supérieures et inférieures tradition-

nelles. De fait, la décision laisse entendre que les tribunaux visés à

l'annexe 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* devraient également jouir

de la protection offerte par le principe dans sa portée la plus large.

D'autres tribunaux non visés par l'alinéa 114*d*) pourraient bientôt

revendiquer eux aussi les avantages découlant du principe.

Il serait malheureux que le jugement aille à l'encontre du but

recherche. L'approche activiste retenue par la Cour se justifie par la

nécessité d'agir pour désamorcer le problème découlant des litiges

intentés par des juges provinciales dans diverses provinces. Si

la décision a pour effet, comme l'indique que cela est vraisemblable,

qu'on comble des lacunes et qu'il y ait de nombreux litiges concernant

Cela va bien au-delà de l'interprétation des dispositions expresses, un rôle qui est bien connu au Canada. L'arrêt lui-même va plus loin que les précédents cités et avancés comme fondement de l'utilisation en cause du préambule.

*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*¹⁶, par exemple, a créé de nouveaux principes constitutionnels, celui de la reconnaissance totale et celui concomitant de l'application régulière de la loi. L'arrêt a l'étude prévoit pour sa part que de nouvelles institutions — les commissions de la rémunération — doivent être créées. Le fait que certains gouvernements aient déjà eu pour politique de mettre sur pied des versions de telles institutions ne rend pas le résultat atteint moins radical. On avait justifié cette décision par la nécessité et l'absence de solution meilleure. On pourrait se demander ce qui arrivera si l'on trouve une meilleure solution. Comment fait-on pour modifier la Constitution non écrite?

Rien ne permet de croire que la Cour ne se montrera enthousiaste à combler des lacunes que dans un domaine en particulier de la Constitution. Les principes structurels, tels qu'ils sont définis, sont applicables à tous les domaines sans exception. Encore faudra-t-il voir si les tribunaux inférieurs feront preuve du même enthousiasme.

Un tel enthousiasme semble curieux quand on considère les inquiétudes de la Cour au sujet de la séparation des pouvoirs et de la nécessité d'éviter la perception même d'ingérence du législatif et de l'exécutif à l'endroit du judiciaire. En comptant les lacunes des *Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982*, les tribunaux exerceront une fonction législative réservée au pouvoir législatif selon le principe de la séparation des pouvoirs. Les organismes souverains habilités à créer des règles constitutionnelles sont bien sûr maintenant définis avec soin, ceux-ci pouvant varier selon les divers objets visés, à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'examen, dans cet arrêt, de la question de l'indépendance judiciaire est de si vaste portée et malgré tout de nature si générale qu'il en résultera assurément d'autres litiges. Il est indubitable que chaque commission sera assujettie à la révision judiciaire, de manière à garantir qu'elle respecte les normes minimales en matière d'indépendance,



expressément à l'interdiction énoncée les « préoccupations » au sujet de la renonciation exprimées par les juges en chef et les juges, lesquelles visent, la Cour précise-t-elle, à fournir de l'information¹³.

Le troisième élément de la sécurité financière en sa dimension institutionnelle concerne l'existence d'un traitement minimum des juges. La Cour s'abstient de spéculer le moins possible sur ce que ce traitement minimum pourrait être.

Seule une crise financière exceptionnellement grave « provoquée par une guerre ou une faillite imminente justifiera de s'écarter de l'un ou l'autre des éléments de la dimension institutionnelle de la sécurité financière¹⁴ ».

Conclusion

En 1988, les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont été décrits dans *Valente v. La Reine*¹⁵ comme les garanties idéales de l'indépendance de la magistrature. Les cours provinciales sont protégées par l'alinéa 11d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* mais, a-t-on statué, elles n'ont pas droit au même degré de protection que les cours visées à l'article 96. Seulement douze années plus tard, la Cour suprême du Canada statue que l'indépendance judiciaire est une norme ou un principe non écrit dont l'assise véritable est le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 96 à 100 et l'alinéa 11d) n'ont pas un caractère exhaustif. La Cour énonce les paramètres de l'indépendance de la magistrature. De nouvelles dimensions et de nouveaux éléments font leur émergence.

La décision a d'importantes répercussions quant au rôle du pouvoir judiciaire en matières constitutionnelles de façon générale, et quant à l'évolution future de l'indépendance de la magistrature.

La Cour affirme le rôle de rédacteur de la Constitution du pouvoir judiciaire. Dans le cadre de litiges futurs, lorsque les dispositions expresses des lois ne fourniront pas le fondement nécessaire d'une contestation constitutionnelle, les parties pourront désormais suggérer aux tribunaux de se conformer au préambule et de combler les lacunes au moyen des principes structurels reconnus par la Cour dans cet arrêt.

lation financière des juges. L'interposition d'une telle commission maintiendra le pouvoir judiciaire distinct des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement et dépolitisera cette relation.

La commission de la rémunération doit être indépendante, objective et efficace. La Cour n'établit pas de modèle standard pour les commissions de la rémunération dont elle exige maintenant l'existence, mais elle établit pour celles-ci des critères minimaux devant assurer leur indépendance, leur objectivité et leur efficacité.

On peut obtenir l'indépendance au moyen de nominations d'une durée déterminée de trois à cinq ans. Le pouvoir de nomination doit être divisé ou partagé parmi les divers organes du gouvernement. Aucun ne peut obtenir l'objectivité en enjoignant que la commission reçoive les candidatures provenant de tous les organes du gouvernement et en suggérant que l'assemblée législative concernée fournisse à la commission une liste de facteurs pertinents à considérer.

Pour atteindre l'efficacité, il n'est pas nécessaire que les recommandations de la commission aient un caractère obligatoire; il faut toutefois que les rejets aient un fondement rationnel. Pour satisfaire à cette norme, il suffit que le gouvernement « justifie par un motif légitime » sa décision d'écarter la recommandation de la commission¹¹. La norme peut être plus onéreuse, toutefois, si les juges sont les seuls visés par une réduction de rémunération. Une « justification plus détaillée » peut alors être requise. Le rejet des recommandations des commissions pourra faire l'objet d'une révision judiciaire.

Pour atteindre l'efficacité, il faudra également que les commissions procèdent à des révisions périodiques de la rémunération. Le second élément de la sécurité financière consiste en une interdiction. Le judiciaire ne doit pas engager de négociations sur le traitement des juges parce que de telles négociations ont « inmanquablement un caractère politique ». Le juge en chef Lamer explique qu'il utilise le mot « négociation » dans le sens qu'il a dans le contexte des relations du travail, où cela « implique une certaine mesure de marchandage »¹². Il s'agit là d'un problème de définition, comme l'arrêt indique





que chacune de ces caractéristiques peut avoir tant une dimension individuelle qu'institutionnelle :

(...) les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et les dimensions de cette indépendance sont deux concepts très différents. Les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature sont des facettes distinctes de la définition de cette indépendance. L'immovabilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative forment, ensemble, l'indépendance de la magistrature. Par contraste, les dimensions de cette indépendance indiquent le quel — du juge pris individuellement ou de la cour ou du tribunal auquel il appartient — est protégé par une caractéristique essentielle donnée.⁹

L'indépendance financière, par conséquent, comporte deux dimensions, une individuelle et une institutionnelle, et c'est à l'égard de cette dernière que les mesures d'économie provinciales ont eu une incidence. La dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire serait une conséquence logique du fédéralisme et de la Charte, requérant tous deux un arbitre indépendant, et une conséquence également de la séparation des pouvoirs, un autre principe ou norme non écrit. Puisque la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire a pour source primaire le préambule et non les dispositions expresses des *Lois constitutionnelles*, la protection découlant du principe s'étend à toutes les cours et vient restreindre tant les pouvoirs fédéraux que provinciaux. La Cour statue, finalement, qu'il ne suffit pas qu'il y ait une certaine indépendance judiciaire. Un degré minimal d'indépendance est désormais requis par la Constitution¹⁰.

La dimension institutionnelle de la sécurité financière

Appliquant les propositions concernant l'indépendance judiciaire à la caractéristique essentielle de la sécurité financière en sa dimension institutionnelle, la Cour statue que cette dimension comporte trois éléments.

Premièrement, la Constitution requiert qu'un arrangement institutionnel particulier vienne établir les traitements, pension et autres avantages des juges. Il faut créer des commissions de la rémunération et recourir à celles-ci puisqu'il faut éviter toute perception de manipu-

ne sont pas exhaustives. Les dispositions sur le pouvoir judiciaire de la *Loi constitutionnelle de 1867* (les art. 96 à 100) ne protègent que les cours supérieures, et alors de manière incomplète, tandis que l'alinéa 11*id*) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne protège que les cours et les tribunaux ayant compétence à l'égard de personnes accusées d'une infraction.

La Cour a statué que l'indépendance de la magistrature est l'une des normes ou l'un des principes fondamentaux non écrits dont l'origine ou la « source véritable » se trouve au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel :

(...) reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l'ai dit précédemment, ces dispositions ne font qu'établir ces principes structurels dans l'appareil institutionnel qu'elles créent ou envisagent. En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi.⁶

Le préambule constitue, par conséquent, le « portail de l'édifice constitutionnel » et la Cour a pour rôle d'en combler les lacunes. Les lacunes doivent être comblées par le recours aux principes structurels susmentionnés.

Il est donc essentiel d'établir quels sont ces principes structurels. Deux d'entre eux sont précisés : le fédéralisme et la démocratie constitutionnelle⁸. La décision n'indique pas si cette liste est ou non exhaustive ou si l'on pourra déterminer, au besoin, que la catégorie compte d'autres principes structurels.

Indépendance de la magistrature : caractéristiques essentielles

et dimensions

La Cour suit les décisions antérieures et statue que l'indépendance judiciaire comporte trois caractéristiques essentielles : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Elle statue en outre





Les motifs de la majorité sont divisibles en quatre parties qui traitent, par ordre décroissant de particularisation, de ce qui suit :

1. la relation entre les principes constitutionnels non écrits et la Constitution écrite ainsi que le rôle de la Cour dans l'interprétation des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*;

2. l'indépendance de la magistrature et ses diverses dimensions;

3. la dimension institutionnelle de la sécurité financière;

4. l'application des principes énoncés.

Les appelants ont mis l'accent sur ce que la Cour a déclaré être la dimension institutionnelle de la sécurité financière, mais ils ont également contesté diverses autres dispositions législatives soulevant des questions sur d'autres caractéristiques de l'indépendance judiciaire. Les éléments particuliers du jugement ne peuvent être compris qu'en regard de son ensemble, et particulièrement de l'examen de la relation existant entre les composantes écrites et non écrites de la Constitution.

Le rôle de la Cour et le pouvoir de l'office constitutionnel

Dans cet arrêt, la Cour ajoute une nouvelle métaphore constitutionnelle à celles des compartiments élanés du vaisseau de l'État¹ et de l'arbre en évolution de la Constitution², et elle fait montre d'un degré d'activisme judiciaire qui n'avait pas été observé à ce jour dans les causes sur le fédéralisme.

Par les appels, on contestait la validité constitutionnelle de mesures d'économie provinciales prises par les gouvernements de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard et visant leurs cours provinciales respectives des cours dont il est question au paragraphe 92(14) plutôt qu'à l'article 96, et touchant particulièrement la rémunération des juges. Les appelants se fondaient exclusivement sur l'alinéa 11d) de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour soutenir leur argumentation sur l'indépendance de la magistrature. La Cour suprême du Canada s'est intéressée à « la question plus générale de l'assise constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature », adoptant le point de vue selon lequel les dispositions expresses des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard

Elizabeth Edinger

Introduction

Deux questions sont traitées dans le présent document. Qu'est-ce que la Cour a réellement dit dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (d'oresnavant, l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*) ? Qu'est-ce qui semble maintenant requis au plan constitutionnel ?

La réponse courte à la première question, c'est que la décision comporte beaucoup trop d'éléments pour qu'il soit même possible de les résumer aux présentes. La simple longueur des motifs de la décision de la majorité, rédigés par le juge en chef Lamer, en indique l'ampleur. Même lorsqu'on soustrait les pages où sont relatés les faits et l'historique au plan judiciaire des trois appels qui ont été réunis, les motifs de la majorité remplissent plus de cent quarante pages dans le recueil de la Cour suprême du Canada.

La réponse courte à la deuxième question, c'est que ce qui est désormais requis est passablement incertain. L'arrêt fait ressortir un ensemble de nouvelles questions se rapportant au principe de l'indépendance judiciaire, et l'examen des normes non écrites qui sous-tendent la Constitution fournit des munitions susceptibles d'alimenter des litiges constitutionnels pour des années à venir.

- ¹⁰ L. L. Fuller, « The Implicit Laws of Lawmaking » dans K. Winston, dir., *The Principles of Social Order*, Duke University Press, Durham, 1983, à la page 158.
- ¹¹ Comme Ernie Weinrib l'a soutenu brillamment, cette idée que le juge applique des normes préexistantes à des faits préexistants afin de réparer un dommage identifiable dans la mesure seule du préjudice causé a été le fondement traditionnel du droit des contrats, de la responsabilité délictuelle et même du droit pénal. Voir E. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- ¹² L'expression est de J. Resnik, « Managerial Judges » (1982) 96 *Harvard Law Review* 374.
- ¹³ Pour une analyse de ces divers éléments au regard de « l'équité procédurale » voir R.A. Macdonald, « Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law : Natural Justice and Fundamental Justice » (1987) 39 *University of Florida Law Review* 218-267.



et de vivre ces rapports constitutionnels fondamentaux une voix pour le faire, en dernière analyse, c'est ce à quoi doit servir cette Table ronde.

Ce texte a déjà été en partie publié dans R. A. Macdonald et A. Lajoie, « Auctionneers, Fence-viewers, Popes — and Judges » (1998) 9 Forum constitutionnel 95.

[1997] 3 R.C.S. 3; [1998] 1 S.C.R. 3.

Voir l'analyse réfléchie de ce point dans J. Bakan, *Just Words : Constitutional Rights and Social Wrongs*, University of Toronto Press, Toronto, 1996.

À cet égard, l'évolution de la pensée de la Cour suprême entre l'arrêt R. c. *Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 et l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, précité note 2, *Meillon* (1985) 1 S.C.R. 129.

Pour une bonne analyse de l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, voir J. Ziegel, « The Supreme Court Radicalizes Judicial Compensation » (1998) 9 Forum constitutionnel 31, et aussi C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration : The Case of Provincial Court Judges » (1998) 9 Forum constitutionnel 11.

À ma connaissance, la meilleure (et peut-être la seule) analyse de cette question est celle de B. Polka, « The Supremacy of God and the Rule of Law in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » : A Theological Analysis" (1987) 32 *Revue de droit de McGill* 854.

Un point de vue qui fait réfléchir sur le point de savoir si cela a encore un sens de nos jours de parler d'état laïque territorial, compte tenu de ces multiples diversités, est exposé dans D. Downes et R. Janda, « Virtual Citizenship » (texte inédit destiné à la série de séminaires *Théories et émergence du droit*, Université McGill et Université de Montréal, mai 1998).

La question se pose, bien entendu, de la façon la plus aiguë en rapport avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir, par exemple, F. L. Morton, « The Charter Revolution and the Court Party » (1992) 30 *Osgoode Hall Law Journal* 627; M. Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics*, rev. ed., Thompson Educational Publishing, Toronto, 1994; et R. Sigurdson, « Left and Right-wing Charterphobia in Canada : A Critique of the Critics » (1993) 7-8 *Revue internationale d'études canadiennes*.

L. L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication » (1978) 92 *Harvard Law Review* 353.

les juges qui abandonnent la raison du droit soient considérés comme des politiciens?

La Cour suprême ne semble pas croire que l'indépendance de la magistrature soit liée à la loyauté avec laquelle les juges jouent les rôles ou exercent les fonctions que leur assigne la Constitution. Fixer par le détail leurs propres conditions d'emploi, en principe, n'est pas un de ces rôles, une de ces fonctions. La Cour suprême semble également penser que l'interposition en permanence d'un médiateur ou d'une médiatrice, en l'espèce les Commissions sur la rémunération des juges, doit inévitablement faire partie du processus de reconnaissance mutuelle du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. C'est là, pour le moins, une affirmation contestable dans une démocratie libérale.

Conclusion

Et c'est ainsi que je conclus — non sur une note pessimiste néanmoins. Ceux et celles, et par ce terme, j'entends autant les sous-procureurs généraux que les membres de la magistrature, qui ont demandé à la Commission du droit du Canada d'animer cette table ronde, savent que le jugement de la Cour suprême en lui-même ne contribuera guère à instituer la reconnaissance et le respect mutuels, nécessaires à une véritable indépendance de la magistrature. Il pourra sans doute, provisoirement, donner à l'un(e) ou l'autre des protagonistes un argument supplémentaire, mais, ce qui est vrai, c'est que, si le gouvernement demeure récalcitrant, le processus pourrait fort bien s'en trouver excessivement politisé, et si les juges continuent à faire des procès, ils ou elles vont jeter le discrédit sur l'ensemble de la magistrature.

Les rapports entre la magistrature et l'exécutif ne sont pas comme un mariage : ils ne peuvent divorcer. Aussi fluides que soient ces rapports au cours des ans toutefois, ils sont inhérents à nos arrangements constitutionnels. L'autre ne va pas s'en aller. Et la victoire n'est jamais acquise. Prêter à ceux ou celles qui sont forcé(s) de négocier, de gérer



leur contexte historique et contemporain spécifiques, soit : ou bien des textes constitutionnels comme, au Canada, l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les articles 7 et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou bien des textes quasi-constitutionnels, comme les règles de justice naturelle de la *common law*, la règle *delegatus non potest delegare* ou d'autres éléments des garanties implicites du Canada¹³.

Une troisième caractéristique du jugement, c'est cette curieuse conception de la façon dont les charges et les fonctions publiques sont occupées et exercées. La Cour fait deux dissociations fondamentales : elle dissocie la notion de rôle ou de fonction de la notion d'organisation et de rapport à l'autre. S'il est quelque chose qu'une société comme la nôtre, complexe, diversifiée et différenciée, a appris au cours des cinquante dernières années, c'est bien ceci : il n'existe pas d'individus qui ne sont pas situés socialement. Il ne peut y avoir de soi s'il n'y a pas l'autre. Ce que l'on est dépend de ce que l'on comprend d'un niche tissus d'affects interpersonnels — par exemple face à ses parents, à ses enfants, à une religion, à une ethnie, à un voisinage, à une langue et à une culture.

La leçon est universelle. Ce que l'on est dépend de ce que l'on comprend du niche tissus de charges et de postes que l'on occupe. Il ne peut y avoir de charges ou de postes spécialisés qui ne sont pas situés dans un réseau forme d'autres charges et postes spécialisés. Le sens de la charge de juge dans toute société dépend du sens donné aux autres charges publiques. Le rôle moral du ou de la juge dans toute société dépend des rapports entre ce rôle moral et d'autres rôles moraux.

Reconnaître la charge, le poste que l'on occupe dans un complexe de charges et de postes et jouer un rôle, avoir une fonction, dans une pièce ou l'on ne peut en jouer, en avoir, qu'un seul ou qu'une seule, sont les conditions à remplir si l'on veut établir, alimenter, négocier et entretenir la constance et la loyauté dans les rapports. D'un(e) élu(e) qui transcode la politique, nous disons que c'est un homme ou une femme d'État : il, elle, s'élève au-dessus de la mêlée des partis et des factions pour servir une raison supérieure. Ceux ou celles qui ne le font pas, nous les qualifions de « politiciens ». Devons-nous nous surprendre que

institutionnelle parfaite — peut, comme le Dieu de Descartes, laisser pour l'éternité les choses à elles-mêmes. Ni le constituant ni les simples mortels qui ont à vivre l'évolution des rapports établis ne doivent se préoccuper de sa gestion quotidienne. Les règles ayant été établies une fois pour toutes, il n'y a plus qu'à s'y conformer strictement et apolitiquement.

Pouvez-vous imaginer quelque autre genre de rapports permanents dont la nature, une fois établie, suit, sans débordements, son cours, à son rythme initial, dans les canaux originellement creusés pour lui? Mieux encore! Il est difficile de croire que l'on puisse penser sérieusement que ces rapports seront d'autant plus harmonieux que ceux qui en font l'objet ne s'en parleront jamais directement par la suite. Au contraire, l'indépendance réelle de ceux qui ont ces rapports, s'ils veulent vraiment être en mesure de conserver leur individualité, est entièrement tributaire d'une reconnaissance mutuelle de leur interdépendance. De même, la véritable indépendance de la magistrature, si elle veut vraiment être en mesure de demeurer séparée des autres pouvoirs de l'État, est entièrement tributaire d'une reconnaissance mutuelle par le ou la juge et le législateur de leur interdépendance.

L'usage que fait la Cour suprême du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour s'autoriser à faire de l'*Acte d'établissement de 1701* la source de la nouvelle norme constitutionnelle qu'elle proclame est également paradoxal. Il ne s'agit pas de prétendre qu'on ne peut dégaier aucune règle de droit du préambule : il va de soi que les constitutions sont un amalgame complexe de droit exprès et de droit tacite; et, bien évidemment, on n'interprète un texte que dans un contexte de règles tacites de droit. Précisément! Le règlement politique du conflit à l'époque des Stuarts fait autant partie de l'Acte d'établissement que la lettre même de la Loi.

Les tribunaux interprètent les textes dans leur contexte de droit tacite. Mais les tribunaux doivent demeurer fidèles aux textes. On ne donne pas le droit tacite comme prétexte (notez l'étymologie : pré-texte) pour faire une nouvelle règle écrite. S'il existe une série de normes tacites sur l'indépendance de la magistrature, elles n'ont de sens qu'interprétées dans





l'Etat et les regroupent entre le tribunal et le législateur par exemple, exige d'abord que nous sachions ce que nous attendons du ou de la juge, en décider, n'est pas, le le repete, une évidence, et il n'en sera pas décidé non plus de la même façon en tout temps et en tout lieu.

V. Réflexion sur la fonction judiciaire d'aujourd'hui

L'arrêt sur les *Juges des cours provinciales* est une étude fascinante de la façon dont les juges conçoivent leur rôle constitutionnel. Après tout, indépendamment du mode de configuration initial de l'attribution des fonctions étatiques, les processus en cours de prises de décision du législateur et, tout particulièrement, du ou de la juge vont transformer cette attribution. Une constitution bien faite possède une structure distinguant entre les genres d'activités étatiques et instituant différents processus institutionnels, avec différents degrés de difficulté et la nécessité d'obtenir différents degrés de consensus social pour que la structure puisse être modifiée expressément.

En dernière analyse, en l'absence de révision constitutionnelle expresse, c'est au Parlement et à la Cour suprême qu'il revient de négocier tacitement l'importance et l'étendue du contrôle judiciaire de la prise des décisions politiques et des cas où il est acceptable pour les tribunaux de porter des jugements politiques. Pour cette raison, il est intéressant d'étudier brièvement certains des postulats concernant le rôle du ou de la juge présumé dans le jugement de la Cour suprême donné dans l'arrêt sur les Juges des cours provinciales.

Ce qui importe le plus, c'est que ce jugement repose sur l'idée qu'une constitution libéro-démocratique non seulement exige une séparation stricte de la fonction judiciaire des fonctions législatives et exécutives, mais que, aussi, elle exige une indépendance absolue du ou de la magistrature. La Cour suprême assigne au ou de la juge une place qui se situe à l'extérieur du système politique même qui lui donne le pouvoir et la légitimité, quels qu'ils soient, qu'il ou elle possède. Le jugement implique que l'interdépendance des gouvernements et des tribunaux ne peut apparaître qu'au moment de l'institution d'une première constitution. Le constituant — ayant littéralement institué la structure

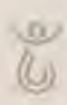
chercher à régler ce que le règlement judiciaire ne peut régler, il ou elle pourrait renvoyer la balle au législateur.

Une meilleure compréhension de ce que le ou la juge fait réellement et des rapports entre la décision à caractère judiciaire formel et d'autres modes d'ordonnement social et de règlement des conflits force à conclure que les qualités exigées ou de la du juge changent rapidement. Pour une grande part, la fonction judiciaire, de nos jours, consiste à gérer ou à superviser d'autres décideur(e)s : administratifs, politiques, législatifs ou privés. La tendance au recours au Règlement Extrajudiciaire des Conflits (REC), à l'arbitrage par compromis, à la médiation, aux conférences transactionnelles et à « l'arbitro-médiation » judiciaire s'est accélérée à un point tel que la caractéristique première du juge fédéral américain ou de la juge fédérale américaine, c'est d'être, au civil, un(e) « juge-gestionnaire »¹².

Une autre caractéristique de la vie publique en cette fin du XX^e siècle influe sur le rôle joué par le ou la juge. Les conflits, inévitables, entre les valeurs constitutionnelles d'une démocratie libérale et le désir de ceux ou celles qui veulent voir l'État défendre une homogénéité sociale plus profonde ont jeté le ou la juge dans l'arène publique, où il ou elle fait de plus en plus figure d'acteur politique. En faisant expressément du ou de la juge le censeur du législateur, la *Charte canadienne des droits et libertés* exacerbe les soupçons qu'entretiennent ceux ou celles qui n'ont qu'imparfaitement compris quel doit être l'encadrement juridique d'une démocratie libérale. Et comme les juges eux-mêmes ou elles-mêmes en sont encore à apprendre comment il leur faut exercer leurs pouvoirs, à ne pas abuser du bistro sur la table d'opération des lois et à résister à la tentation — que connaît tout(e) réviser — d'écrire le livre que le législateur n'a pas écrit, le ou la sceptique a beau jeu de donner des exemples d'excès judiciaires.

C'est devant cette toile de fond du changement de rôle du ou de la juge, en particulier du changement de la configuration du rôle moral du juge, que les préoccupations contemporaines au sujet des caractéristiques conceptuelles institutionnelles qui font qu'une division constitutionnelle du travail fonctionne dans une démocratie libérale doivent être vues. En d'autres termes, distinguer entre les fonctions de





constitutionnel(les) canadien(ne)s n'y ont guère consacré leur attention. C'est malheureux, car, tant que nous n'aurons pas compris la nouvelle nature des rôles du ou de la juge et du législateur dans la société contemporaine, nous ne serons pas en mesure de dire si nous parvenons toujours à apparier d'une façon optimale vertu personnelle et fonction gouvernementale.

En quoi le rôle du ou de la juge est-il différent aujourd'hui de ce qu'il était hier? D'abord, même le droit privé s'écarte de la logique aristotélicienne de la justice¹¹. Le législateur demande maintenant au ou à la juge, même dans des questions de droit privé, de prendre des décisions quasi-législatives réparatrices aux conséquences considérables. Par exemple, il ou elle doit statuer sur des demandes de partage de biens familiaux et d'aliments en se référant à des normes *ex post facto*, et sur des dédommagements collectifs en responsabilité délictuelle en se référant à des principes de partage de la responsabilité du marché. En outre, des théories tirées de l'équité, telles l'abus de droit, l'enrichissement sans cause, la fiducia par interprétation et la lésion poussent tous les jours la décision à caractère judiciaire vers la sphère de la justice distributive. Par définition, ces décisions d'allocations et de redistribution obligent les tribunaux à prendre des décisions « politiques » — avec un « p » minuscule — qui, autrefois, étaient laissées au jugement discrétionnaire du Parlement.

Les corps législatifs aussi se révèlent incapables de prendre des décisions sur l'adoption de diverses politiques. Le législateur succombe à la tentation de se déhiler et il n'ose pas prendre la responsabilité de régler les questions difficiles. Il s'ensuit que c'est au ou à la juge que le ou la justiciable demande de se faire l'arbitre de problèmes sociaux complexes. L'invention de nouveaux droits, l'évolution du pouvoir d'imposition, en obligeant les tribunaux à exercer une surveillance permanente après le litige, et la transformation de la décision à caractère judiciaire en une sorte de justice du (adi, ou à la Salomon, ont donné un nouveau cadre au rôle du ou de la juge. Le ou la juge, évidemment, aurait pu ne pas accepter — et il ou elle n'a pas à continuer d'accepter — cette abdication du Parlement à son détriment. Plutôt que de

IV. Les décisions à caractère judiciaire à l'époque

contemporaine

Au fil des ans, les caractéristiques spécifiques des normes définissant les fonctions législative et judiciaire ont été formulées de nombreuses façons. L'une, peu utile, consiste à dénoncer la politisation des tribunaux et la judiciarisation de la politique, comme si les deux processus pouvaient être clairement différenciés. Une meilleure question, rappelant la lutte entre les Stuarts et le Parlement, consiste à se demander quels sont les facteurs de l'édifice institutionnel qui font qu'une division constitutionnelle des fonctions peut fonctionner avec succès dans une démocratie libérale? Alors l'attention se porte sur deux caractéristiques par lesquelles peut être définie l'intégrité de tout processus institutionnel : la forme morale de la charge ou du poste et le rôle moral de son ou de sa titulaire.

Prenez la décision à caractère judiciaire. La thèse classique en ce qui a trait à ce qui distingue la décision à caractère judiciaire de *common law* de l'entreprise législative est celle soutenue par Lon Fuller dans ses essais « The Forms and Limits of Adjudication »⁹ et « The Implicit Laws of Lawmaking »¹⁰. Fuller pensait que la caractéristique de la décision à caractère judiciaire en tant que processus d'ordonnement social était le mode de participation à la prise de décision accordé aux parties en cause. Pour lui, la décision à caractère judiciaire impliquait l'administration de preuves stylisées et circonscrites de faits bruts et l'évocation d'arguments de raison au sujet de normes préexistantes. Le raisonnement judiciaire était borné, fondé sur des règles et plus causaliste que réactif.

Si l'indépendance de la magistrature préoccupe la population, il semble que ce soit parce que celle-ci croit déceler un glissement du droit vers la politique, c'est-à-dire ce qui semble être une réapparition, sous Sturats prétendaient. Ce qui, à son tour, peut être dû à certains déplacements fondamentaux de rationalité en ce qui a trait à la décision à caractère judiciaire et à nos attentes en matière de législation depuis la Seconde Guerre mondiale. Malheureusement, les théoricien(ne)s

La législation et la décision à caractère judiciaire sont des processus distincts et identifiables d'ordonnement social répondant à un ensemble de valeurs et de fins distinctes et identifiables. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y aura jamais de cas où le législateur et le juge sortiront des bornes de leurs rôles traditionnels. Mais, lorsque la population a le sentiment d'une confusion inappropriée des fonctions judiciaires et législatives, elle se sent impuissante et incapable d'apprécier ce qui arrive et d'imputer des responsabilités. Pour bon nombre d'entre nous, c'est la crainte que les confusions de ce genre deviennent trop fréquentes — crainte nourrie par une mauvaise compréhension des leçons profondes du conflit du temps des Stuarts — qui fonde leur perte de confiance dans le droit et dans les tribunaux.

Comment alors expliquer la perte de confiance des Canadiens et Canadiennes dans le droit et les tribunaux que la Cour suprême, à juste titre, constate? Y a-t-il quelque chose de fondamental dans les rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire que l'aggravation de normes constitutionnelles autour de la notion d'indépendance signale à la population? À mon avis, c'est le cas. Voici ce que je veux dire.

Enfin, menaces, tentations financières et promesses de promotion ne semblent pas avoir influencé, pour les juges du Canada, le maintien des normes les plus hautes d'intégrité et d'impartialité. Il est évidemment possible d'imaginer des pays où le chantage économique gouverne mental est couramment utilisé pour influencer l'opinion des magistrats. Au Canada néanmoins, la question n'est pas celle de l'existence ou non de garanties constitutionnelles et des règles de forme de prévention de telles situations, mais celle des éléments de notre tradition constitutionnelle qui les rendent impensables.

Investissements, respect à des familles, adoption d'un genre de vie modéré (au moins publiquement), sacrifier la vie privée et rajuster leur bien qu'exercer une charge publique exigera d'eux ou d'elles de nombreux sacrifices. Il se peut qu'il leur faille renoncer à des

Dans l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, la Cour suprême du Canada a signalé que quelque chose n'allait pas dans la façon dont les tribunaux étaient considérés en tant qu'institution d'un État démocratique. Diverses consultations et divers sondages d'opinion ont révélé une profonde méfiance populaire face aux règles et aux processus du droit formel. Cela fait partie du scepticisme général entretenu par la société face à toute forme d'autorité. Ayant contesté successivement la religion, la classe sociale, la compétence professionnelle et le Parlement comme centre de pouvoir social et politique, les Canadiens et les Canadiennes s'attaquent maintenant aux tribunaux.

Dans le jugement initial de la Cour suprême sur l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*, il est dit que l'indépendance judiciaire est le fondement de la confiance mise par la population dans les tribunaux; que, sans modes neutres d'établissement de leur traitement, les juges ne peuvent être indépendants et qu'un traitement décent est une condition nécessaire de l'impartialité de la magistrature.

Il n'y a pas beaucoup, cependant, de preuves empiriques de ce fait. La confiance de la population dans ses juges semble être davantage corrélée à l'impartialité et à l'intégrité individuelle plutôt qu'avec l'indépendance institutionnelle. À cet égard, il est plus juste de dire que les préoccupations de la population sont davantage qu'elle craint que la nomination de divers juges, individuellement, n'aient été des nominations « politiques » que l'idée que la magistrature dans son ensemble est « politisée ». L'indépendance institutionnelle est, nul doute, importante, mais son importance semble directement proportionnelle au fait que la population a le sentiment que les juges sont des créatures politiques.

Les preuves empiriques n'indiquent pas non plus, semble-t-il, que les Canadiens et les Canadiennes craignent que les traitements et les autres avantages rémunérateurs « peu concurrentiels » des juges compromettent les possibilités, pour le pays, d'attirer et de garder de bons juges. D'ailleurs de nombreux candidat(e)s d'envergure n'attendent que la possibilité de servir leur pays dans la magistrature, sachant fort





et de son mode d'exercice qui nous permet de saisir quels doivent être les critères sur lesquels nous appuyer pour différencier les fonctions de gouvernement tout en respectant nos valeurs fondamentales? Ne s'attarder qu'à la charge ou qu'à son titulaire, c'est mésestimer radicalement les raisons pour lesquelles et les façons selon lesquelles nous choisissons ceux ou celles auxquels nous assignons le rôle de juges. Les titulaires réels de la charge ne sont pas les être abstraits que transmettent les détenteurs de l'économie selon l'école de Chicago. Ce sont des êtres humains, jouant divers rôles dans la vie : ceux d'enfants, de parents, d'amis, de voisins, de collègues, de professionnels, pour n'en donner que quelques exemples. Nous choisissons des gens non seulement pour leur faire occuper un poste ou une charge; nous le faisons pour qu'ils jouent un rôle, exercent une fonction, avec intégrité et loyalement, comme nous nous attendons à ce qu'ils ou elles le fassent. Ceux ou celles qui sont appelé(e)s à exercer les fonctions de législateur sont choisi(e)s d'après leurs vertus particulières. Nous ne rendons pas service à nos législateurs en les attaquant sur la base de critères propres au choix des candidatures d'étudiant(e)s en médecine ou des membres de l'équipe olympique de hockey. Une déontologie dénuée est attachée à la fonction de député(e). Nous espérons que notre processus de sélection — l'élection populaire — fonctionne et qu'il choisit ceux ou celles qui ont ces vertus et sont prêt(e)s à exercer ce rôle moral. L'institution parlementaire et ses processus sont eux-mêmes conçus pour apparter ces capacités aux fonctions à exercer. Ceux ou celles qui sont appelé(e)s à être juges sont également choisis en fonction de leurs vertus particulières. Nous ne rendons pas service à nos juges si nous ne tenons pas compte de ces vertus ou les dénigrons, ou si nous cherchons à leur substituer d'autres vertus, moins compatibles peut-être avec les exigences de la charge. Une déontologie définissable est également attachée à la charge du ou de la juge. Nous espérons que notre processus de sélection — la nomination par le gouvernement-en-conseil — fonctionne et qu'il choisit ceux ou celles qui ont ces vertus et sont prêt(e)s à exercer ce rôle moral. Ici aussi, l'institution judiciaire et ses processus sont conçus spécifiquement pour apparter ces capacités aux fonctions à exercer.

fonctions de coordination de la société humaine; 2) de déterminer quand il était profitable de différencier ces fonctions; 3) de réfléchir au moyen possible de les regrouper en structures significantes, cohérentes et reconnaissables.

Les parlementaires du XVII^e siècle se préoccupaient principalement de deux premières de ces considérations; aujourd'hui, c'est la troisième qui est la préoccupation première. Compte tenu de la diversité des réalisations politiques humaines, il ne peut y avoir de formule universelle de gestion des regroupements des fonctions gouvernementales. Des sociétés différentes imaginent leurs possibilités différemment et, donc, délimitent leurs bornes institutionnelles différemment. Mais l'idée même de la distinction et du regroupement des fonctions pose inévitablement deux questions pragmatiques de conceptualisation institutionnelle auxquelles les constitutions modernes, typiquement, essaient de répondre.

D'abord, jusqu'à quel point l'exercice effectif de ces fonctions différenciées et regroupées exige-t-il qu'on leur attribue un site institutionnel plus ou moins stable et protégé? En ce qui concerne la décision juridictionnelle, la question qui se pose est de savoir si (et, si oui, dans quel le mesure et selon quel rapport) la fonction judiciaire, en tant qu'institution étatique, mérite un statut de forteresse inexpugnable et des compétences inviolables. Ce sont là, évidemment, les questions structurelles au cœur de la plupart des litiges au Canada ayant pour objet l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Ensuite, dès lors que tout site institutionnel de ce genre a été imaginé et édifié, comment ceux ou celles qui sont appelé(e)s à exercer la fonction institutionnelle désignée peuvent-ils ou elles être protégé(e)s des tentations de leur charge? En ce qui a trait à la fonction judiciaire, la question est de savoir comment faire pour que ceux ou celles qui l'exercent jouent ce rôle à la fois dans le respect de ses bornes institutionnelles et libres de toute ingérence externe illicite.

Au cours des quinze dernières années, les juristes canadien(ne)s en sont venus à se préoccuper de la façon de concilier les exigences de la charge, les processus de son exercice et les modes établis pour en choisir les titulaires et les protéger. Car c'est la conjonction de la charge du poste



Tout comme l'émergence du capitalisme industriel répondit à une division du travail manuel et même l'exigéa, l'émergence des démocraties constitutionnelles a répondu à une division du travail intellectuel. Depuis trois siècles, le défi politique lancé était : 1) de déduire, sur le fondement de l'expérience et de la raison, les principales

même de celui d'un chef hautement charismatique⁷. longtemps se maintient sur le seul fondement du pouvoir personnel, aucune société contemporaine hétérogène ne peut pouvoir personnel. Les cadres normatifs nécessaires doivent transcender le ou de la tribu. La diversité de la géographie, des sexes, des classes, des religions et des ethnies défie constamment la possibilité même du pouvoir personnel qui s'attachait à la négociation intersubjective locale, éclatées, différents fondamentalement du quartier, de la communauté ouverte — sont le fruit de la constatation que des sociétés complexes, chique, unitaire ou fédérale, monarchique ou républicaine, fermée ou prennent — libérale ou communautariste, démocratique ou oligar- constitutions postérieures à l'âge des lumières, quelque forme qu'elles Et cela nous mène aussi directement au thème de cette tribune. Les

II. La différenciation des tâches et l'art de gouverner

libéral⁸. suprémacie sans partage est dévastateur pour le constitutionnalisme VÉRITÉ juridique — sur la religion ou sur la science — lui accorder une évidemment, c'est que, quel que soit le fondement sur lequel on assise la justice divine, que tempérait la mise en garde. Ce qu'il faut comprendre, contre-poids et modérer la science du juge, comme c'était le cas de la Aucun mythe transcendant, comme celui de « la chute » ne vient faire toute fin utile, une réparation judiciaire à tout domage, de toute forme, sur l'activité humaine; et la constitutionnalisation des droits promet, à borne inhérente ne vient arrêter la projection de la rationalité juridique politiques : la raison juridique pure n'est pas autolimitatrice; aucune Mais il nous manque les moyens de réprimer nos tentations juridico-artefacts juridiques et nos institutions sont d'une puissance équivalente, notre maîtrise scientifique présomue de notre univers, de penser que nos



surestimé nos capacités de pousser jusqu'au bout la logique du concept constitutionnel qu'imposerait une stricte indépendance institutionnelle. Transposé dans le contexte canadien de 1998, le conflit politique entre le monarque et le parlement qui a conduit à l'adoption de l'Acte d'établissement de 1701 en Angleterre est redéfini comme un conflit entre le pouvoir exécutif (qui est maître du Parlement) et le pouvoir judiciaire au sujet de l'indépendance de ce dernier. C'est ce qu'à tout le moins semblent faire les jugements de la Cour suprême dans l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*¹. Néanmoins, la controverse jacobite et carolingienne en Angleterre fut à la fois bien davantage et bien moins qu'un conflit au sujet de l'indépendance de la magistrature, selon l'idée qu'on s'en fait aujourd'hui².

Elle fut bien davantage et elle a soulevé de bien plus graves questions : qui devait rendre la justice ? à qui appartenait la *common law* ? L'Acte d'établissement de 1701 doit être rapproché d'autres jalons de l'histoire du droit, dont le *Case of Proclamations* de 1615 et le *Bill of Rights* de 1689. Paradoxalement, l'on pourrait dire que les luttes du XVIII^e siècle ont traduit une progression graduelle de la théorie constitutionnelle où l'on est passé d'une conception du pouvoir politique où « l'État fait la loi » à une idée de l'art de gouverner où « la loi fait l'État ».

L'affaire des rois Stuarts fut aussi moins qu'un conflit au sujet de l'indépendance de la magistrature telle qu'on l'entend en cette fin du XVIII^e siècle. Le Parlement avait à juste titre présupposé que la caractéristique fondamentale d'une constitution libérale était une dissociation des pouvoirs judiciaire et exécutif, non l'indépendance de la magistrature par rapport au Parlement. L'idée que le juge pourrait prétendre à un statut et à une légitimité qui ne seraient pas fondées sur la volonté du Parlement ne venait à l'esprit de personne.

Au XVII^e et au XVIII^e siècles, les juristes développent l'idée du magistrat de métier et ils avancèrent celle de « la raison juridique pure » comme moyen de contrôler le monarque et de faire respecter la séparation entre le spirituel et le temporel. De nos jours, pour la plupart des démocraties libérales, les possibilités d'une restauration théocratique sont lointaines. La menace vient d'ailleurs. La science (ou l'expertise — *technique*) se fait religion sans foi. Nous sommes constamment tenté(e)s, par





voyaient que Dieu n'avait au ciel nul besoin des autres points de vue Pourquoi donc alors, raisonnaient-ils, son représentant sur la terre — le monarque — en aurait-il besoin? Les juges du Roi ne devaient pas être des sources de justice indépendantes, ils n'étaient que de simples instruments de la volonté du Souverain.

Contrairement à ce que l'on pense souvent, le point de vue des Sturats n'a pas disparu avec eux. Il survit, exprime ouvertement, dans les États théocratiques et dans les démocraties populaires que meut l'idéologie d'une légalité révolutionnaire. Ce qui est plus troublant, c'est qu'on le trouve présent implicitement même dans les démocraties libérales laïques, quoique déguisé sous les oripeaux de la rationalité scientifique. De nos jours, nous nous heurtons à des légions de juristes qui considèrent les tribunaux comme aussi indicibles que des machines, qui sont plus que prêts à reprendre, dans le domaine de l'interaction humaine quotidienne, les méthodes et les preuves de la prise de décision scientifique, parée de toutes les vertus. Pour eux ou elles, l'accessibilité démultipliée de l'information qu'apporte la donnée numérique et les moteurs informatiques de recherche approchent les ressources dont dispose la Divinité; et la jurimétrie promet une méthodologie fondée sur la rigueur de la logique booléenne et de la deduction pure.

C'est entre la subjectivité de la pensée juridique des Sturats (où l'agent humain est subordonné à la grâce divine) et l'orgueilleuse objectivité du juge d'écocœur (où l'agent humain est, par la forme, subordonné à l'arbre décisionnel binaire) que nous devons rechercher notre modèle juridique et politique : la devraient se trouver les usages du constitutionnalisme libéral contemporain. Ces usages reconnaissent la nécessité de l'élément politique du pouvoir juridique et celle de l'encadrement légal de la politique pour la préservation même de la spécificité des deux modes décisionnels³.

Malheureusement, en cette fin du XX^e siècle, nous hésitons à admettre notre humanité et les dimensions humaines de notre régime constitutionnel. Nous avons écrit notre histoire constitutionnelle, substituant la fable de l'indépendance judiciaire au récit de l'interdépendance entre le juge et le législateur. En chemin, nous avons grandement

ment de 1701 ni les articles sur la judicature de la Loi constitutionnelle de 1867 ne font en fait référence à la notion d'indépendance judiciaire telle

que nous la comprenons maintenant.

En second lieu, j'espère démontrer que certains de nos points de vue actuels sur l'indépendance judiciaire sont pris en réaction à de nouveaux artefacts juridiques que nous ne faisons que commencer à comprendre. Parmi ceux-ci, et non le moindre, figure bien évidemment la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais le rôle plus grand que joue l'État, à la fois providence et régulateur, en est un autre.

Mon troisième but est de montrer que les institutions par lesquelles diverses fonctions gouvernementales sont exercées ne sont pas fongibles. Dans les démocraties modernes, les fonctions publiques doivent être différenciées et ne peuvent être substituées les unes aux autres : chaque institution étatique exige des structures particulières des procédés particuliers et un personnel particulier. C'est pourquoi nous affectons certaines fonctions et certains rôles particuliers à certaines charges ou à certains postes, et choisissons certaines personnes en particulier, ayant certaines compétences particulières, pour en être titulaires.

En quatrième et dernier lieu, tous les rapports humains ne peuvent pas être ramenés à la froide logique des transactions que font des acteurs rationnels indépendants. On ne peut faire la médiation de tous les rôles ou fonctions institutionnels en termes d'interactions réciproques sur un marché. Les rapports entre les pouvoirs judiciaire et exécutif ne se comparent pas aux interactions entre une(e) employeur et son employé(e); ils sont beaucoup plus complexes et interdépendants. Je traite maintenant de ces quatre thèmes tour à tour.

1. L'Acte d'établissement de 1701 et la fonction judiciaire

Ce n'est pas d'hier que le rôle et les devoirs des juges de haute justice de la tradition de la *common law* préoccupent. Les Stuarts, en Angleterre, et leurs conseillers juridiques croyaient, au milieu du XVIII^e siècle, que le Roi était l'incarnation même de la volonté divine. Il était, pour ses sujets, l'unique dispensateur temporel atitré de la justice divine. Les Stuarts



L'apparence physique, ni l'inné ni l'acquis n'interviennent dans l'appréciation de l'acte perpétré.

La possibilité que ne soit pas découverte la norme appropriée, que soit négligé le moindre des faits, que se glisse une erreur de jugement dans leur appréciation, est lointaine. L'ordonnateur étant l'incarnation de la précision, de l'exactitude, de l'impartialité et de la logique formelle impénétrable et irréductible, ici encore aucune appréciation incertaine des actes ou de leurs mobiles ne vient désajuster la balance décisionnelle. Aucun vilain dilemme moral ne vient infléchir la rigueur de données informatisées exhaustives. Et aucune faiblesse humaine, aucun préjugé, aucune influence illicite n'entache le jugement électronique. Une connaissance totale, d'une parfaite clarté, de tous les desseins est le propre de l'informatique.

Moïse, Maimonide et Martin Luther ont, chacun à leur façon, anticipé le paradoxe que suggère la juxtaposition de ces deux exemples où on laisse à un tiers le soin de décider : l'antithèse du divin, c'est tout simplement son envers : le technique. L'enfer, c'est moins le règne d'un mal inhumain que l'application d'un calcul déshumanisé aux affaires humaines. Ici-bas, condamnés à une existence mortelle, ceux qui ont à décider ne possèdent pas l'omniscience du ciel et ils ne peuvent trouver un refuge dans l'impénétrable et l'irréductible pour soutenir leurs jugements et arrêts. Il leur faut juger en sachant qu'à leur tour ils seront jugés. Néanmoins, la nécessité de faire preuve d'humilité dans l'exercice du pouvoir temporel, à laquelle cette constatation devrait mener, n'a pas toujours été, et n'est pas toujours, universellement admise.

Dans cet essai, j'ai recouru à ces conceptions antagonistes de l'attribution à un tiers du pouvoir décisionnel afin que ressortent clairement les quatre principaux thèmes qui se profilent en toile de fond derrière tout débat sur la rémunération judiciaire¹.

Je veux d'abord situer le jugement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (dorénavant, l'arrêt sur les *Juges des cours provinciales*²) dans son contexte historique plus large : la lutte, dans la tradition du parlementarisme, pour le développement des institutions gouvernementales libérales et démocratiques. Je note, en passant, que ni l'*Acte d'établisse-*





L'intégrité des institutions : rôles et relations dans le modèle constitutionnel

Roderick A. Macdonald

Introduction

On peut voir au Louvre une formidable peinture qui évoque le jugement dernier de Dieu sur l'humanité. L'imagerie physique de cette toile est terrifiante. Elle est encore plus terrifiante au plan allégorique. Car aux portes du paradis, où le lion repose près de l'agneau, se tient le Dieu Tout-puissant — qui sait tout, qui voit tout, qui comprend tout —

La possibilité que justice ne soit pas rendue, qu'il ne soit pas parfaitement rendu compte des vies vécues, qu'une erreur se glisse dans le jugement de ces existences, est lointaine. Dieu est l'incarnation de la vérité, de la justice, de la miséricorde et de la grâce : aucune appréciation incertaine des actes ou de leurs mobiles ne désajuste la balance du souverain juge. Aucun dilemme moral ne vient infléchir la rigueur des arrêts de l'Éternel. Aucune faiblesse humaine, aucun préjugé ni aucune influence illicite n'entache le jugement de Dieu. Une connaissance et une clarté complètes de la finalité caractérisent la volonté divine.

Opposons à cela la mécanique d'un jeu informatique. Y a-t-il une logique plus terrible et inexorable que celle de la machine programmée, aux connaissances factuelles finies, aux règles décisionnelles définies par une structure normative fermée et au mode d'appréciation prédéterminé? Alors, en marge de l'interaction humaine normale — au royaume éthéré de la puce — on est à nouveau confronté au juge qui sait tout, voit tout et comprend tout. Ni le trait de caractère ni

forme de délibérations de la Table ronde. Chaque exposé traite de questions qui sont intemporelles et qui doivent continuellement être

revues et corrigées au sein d'une démocratie libérale.

La Commission du droit espère que les perspectives adoptées par les spécialistes des divers domaines ayant participé à cet exercice viendront enrichir la compréhension des aspects positifs et négatifs de la décision de la Cour suprême à titre de contribution à la conduite des affaires publiques au Canada. Elle espère aussi que cette somme de renseignements viendra alimenter la réflexion concernant la position constitutionnelle de la magistrature, de façon plus générale, et concernant des questions connexes comme les processus régissant la nomination et la rémunération des juges, de même que l'administration des tribunaux.

En terminant, étant donné que ces exposés abordent des questions de gouvernance plus générales dans une démocratie libérale, la Commission du droit est persuadée qu'ils stimuleront la réflexion au sujet de la façon dont nous devrions procéder pour fixer la rémunération de ceux et celles qui occupent des postes publics supérieurs — des parlementaires, les membres du Cabinet, le gouverneur-général, les membres des organismes gouvernementaux, ainsi que les haut(e)s fonctionnaires. Tout comme les questions touchant la rémunération des juges, il s'agit dans ce cas aussi d'une question de gouvernance fondamentale — assurer des processus de décision dont la corruption et la subornation sont exclues.

- 1 Voir notamment, W. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956) 34 *Revue du barreau canadien* 769, 1139.
- 2 P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4^{ème} éd. (Toronto: Thomson, 1998) c. 7; G.-A. Beaudoin, *La Constitution du Canada* (Montréal: Wilson et Laflaur, 1990), c. IV.
- 3 [1997] 3 R.C.S. 3; jugement également rapporté en anglais sous le titre *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1997) 150 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.).
- 4 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* [1998] 1 R.C.S. 3; jugement également rapporté en anglais sous le titre *Reference re: Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10 (1998) 155 D.L.R. (4th) 1 (C.S.C.).



(iv) Qu'est-ce que l'avenir nous réserve? Établir les bases de la relation entre l'exécutif et le judiciaire?

La Commission du droit a demandé à des expert(e)s en droit, en philosophie, en sciences politiques et en administration publique, provenant de partout au Canada, de préparer de brefs documents sur les principaux aspects de la décision sous chacune de ces rubriques.

Ces documents visaient à offrir aux participant(e)s une perspective multidisciplinaire des questions soulevées par la décision et à stimuler la discussion sur ce qui a fait que les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire en sont arrivées là où elles sont. On croyait que cette perspective encouragerait également une discussion à propos de ce qui est maintenant requis, en plus des procédures établies dans le *Prince-Edouard*, en vue de produire une relation constructive et productive entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

Les spécialistes invité(e)s ont tous présenté un exposé de 15 à 20 minutes sur les thèmes principaux de leurs documents. Ces présentations ont été suivies de discussions informelles sur des sujets variés, animées par des membres de la Commission du droit du Canada et de son Conseil consultatif. On ne visait pas par ces discussions à en venir à des propositions précises ou même à des résultats stratégiques définits. Elles étaient plutôt structurées de façon à mettre franchement sur le tapis les questions qui préoccupaient les membres de l'appareil judiciaire et les représentant(e)s des gouvernements.

Faire de la rémunération des juges une question de gouvernance

Depuis la tenue de la Table ronde, en mars 1998, les pouvoirs exécutif et judiciaire ont poursuivi leurs travaux concernant les répercussions du jugement de la Cour suprême. La plupart des gouvernements ont depuis établi des Commissions sur la rémunération ou encore ils ont modifié leurs Commissions existantes. Parmi celles-ci, certaines ont déjà terminé leurs premiers rapports. La Commission du droit continue néanmoins de penser que les communications présentées lors de la Table ronde devraient être mises à la disposition des Canadiens et Canadiennes sous

social et économique large. La Commission du droit envisageait la Table ronde comme une occasion d'approfondir cet aspect multidisciplinaire de son mandat.

De plus, le sujet de la rémunération des juges lui-même est étroitement lié au programme général de recherche poursuivi par la Commission du droit. Un des thèmes de recherche adoptés pour la période de 1997 à 2000 est celui des rapports de gouvernance. L'organisation de la Table ronde a été une occasion pour la Commission du droit d'apprendre directement quelles questions importantes soulève la gestion permanente des relations constitutionnelles entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, et comment les questions de rémunération sont abordées.

La Table ronde donnait également à la Commission du droit la possibilité de consulter des universitaires, des juges, des avocat(e)s, des procureurs généraux et des membres des organismes centraux à propos de programmes d'enquêtes et de sujets de recherche précis qui pourraient être abordés sous son thème : les rapports de gouvernance. Jointe à des consultations publiques plus vastes, la discussion de la Table ronde a contribué à définir les détails de certaines études maintenant menées par la Commission du droit.

Cadre de travail de la Table ronde

Pour aider les participant(e)s à traiter des questions constitutionnelles et pratiques soulevées par la décision dans un esprit ouvert, la Commission du droit du Canada a divisé la journée en quatre séances sous les rubriques suivantes :

- i) Qu'est-ce que le jugement pourrait signifier? Histoire et contexte de la relation entre l'exécutif et le judiciaire
- ii) Quelle est la portée réelle du jugement? Qu'est-ce qui semble désormais requis au plan constitutionnel?
- iii) Quelles sont les options et les conséquences du jugement en regard de l'organisation judiciaire?





points. Au moment où elle a été rendue, des poursuites additionnelles s'annonçaient et, de fait, en janvier 1998, on a demandé à la Cour suprême de préciser certains aspects et certaines répercussions de sa décision⁷.

Objectif de la Table ronde

La Commission du droit du Canada croyait qu'elle pouvait aider les juges, les procureurs généraux, les organismes centraux et la population canadienne à comprendre les ramifications de la décision en tenant une Table ronde d'une journée pour réunir les fonctionnaires appelé(e)s à participer le plus directement à l'application des réformes institution-

nelles demandées par la Cour suprême.

L'objectif principal de la Table ronde était de faciliter une discussion générale, exploratoire et constructive sur l'incidence de la décision sur les interventions futures du pouvoir exécutif et du Parlement. La discussion entre les participant(e)s invité(e)s se voulait avant-gardiste et axée sur la prévision de l'étendue et de la nature des processus qui pourraient répondre aux exigences de la Cour suprême du Canada.

La Commission du droit du Canada espérait que la Table ronde aiderait également les parties à explorer d'autres dimensions de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire dans une démocratie libérale. Elle cherchait à fournir une tribune par laquelle les questions soulevées dans l'affaire du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* pourraient être examinées à la lumière de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire telle qu'elle existe actuellement au Canada. Selon la Commission, une telle discussion devrait fournir une assise solide en vue de poursuivre les échanges concernant le caractère adéquat de la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au Canada.

Fondement de la participation de la Commission du droit du Canada

La *Loi sur la Commission du droit du Canada* donne à la Commission la responsabilité de mener des initiatives qui stimuleront des discussions constructives sur les questions de droit et de justice d'un point de vue

Une des principales valeurs constitutionnelles des démocraties libérales modernes est l'indépendance du pouvoir judiciaire. Traditionnellement, cette indépendance est caractérisée par quatre éléments : un processus rigoureux de nomination des juges, l'immovibilité des juges, le contrôle judiciaire de l'administration des tribunaux, des conditions fixes pour la rémunération des juges, y compris leurs pensions¹. Sous une forme ou une autre, tous ces éléments se retrouvent dans la Constitution canadienne. Certains sont mentionnés dans les dispositions sur la judicature (articles 96 à 101) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autres font partie du droit constitutionnel non écrit dont le Canada a hérité de la common law du Royaume-Uni².

Au cours du siècle dernier, la Cour suprême du Canada a rendu plusieurs décisions qui portaient sur des aspects de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Toutefois, jusqu'en 1997, il n'a jamais été nécessaire d'interpréter les fondements historiques et constitutionnels des dispositions portant sur la judicature dans la constitution du Canada. Tout cela a changé le 18 septembre 1997 lorsque la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*³.

Cette décision a établi un cadre de base qui servira à régir la méthode selon laquelle on déterminera dorénavant la rémunération des juges. Elle a des conséquences importantes pour les Canadiens et Canadiennes, et pour tous les gouvernements au Canada. Dans sa décision, la Cour suprême a établi un certain nombre de principes constitutionnels jamais formulés dans une autre cause. La mise en pratique de ces principes nécessite l'établissement ou la modification du processus de rémunération des juges et d'autres processus dans presque toutes les provinces et tous les territoires canadiens.

Bien que la décision touche plusieurs questions importantes qui ont trait à la relation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, en dépit de sa longueur, elle n'est pas claire sur un certain nombre de



Établir la rémunération des juges

Perspectives multidisciplinaires



Résumé de la Table ronde	119
Annexe I : Notes biographiques des auteur(e)s et président(e)s de séance	127
Annexe II : Horaire de la Table ronde	131
Annexe III : Bibliographie sommaire	135

Avant-propos	i
Table des matières	iii
Introduction	1
L'intégrité des institutions :	
rôles et relations dans le modèle constitutionnel	
Rodertick A. Macdonald	7
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la	
Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	
Elizabeth Edinger	27
Le contrôle de rationalité mis en place dans le Renvoi	
relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale	
de l'Île-du-Prince-Édouard : réel, efficace et souple	
Danielle Pinard	37
Établir la rémunération des juges :	
Incidence de la décision de la Cour suprême du Canada	
dans le Renvoi relatif à la rémunération des juges de la	
Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	
Nicholas d'Ombraïn	75
Interdépendance, non pas indépendance :	
dimensions institutionnelles et administratives de	
l'indépendance de la magistrature	
Richard Simeon	89
Indépendance de la magistrature dans un	
contexte d'interdépendance	
Trudy Govier	101
Où allons-nous maintenant? Établir les bases de la relation	
entre le pouvoir exécutif et la magistrature	
Stephen Owen, c.r.	113





importante pour les gouvernements, les juges et les Canadiens et Canadiennes en général au fur et à mesure que les fonctionnaires commenceront à mettre en œuvre la décision de la Cour suprême. Nous espérons également que cela contribuera à susciter une réflexion plus approfondie sur la position constitutionnelle du pouvoir judiciaire au Canada, et peut-être même à un réexamen de la manière dont est établie la rémunération des fonctionnaires supérieur(e)s, de l'exécutif, des députés, des président(e)s des organismes administratifs et des juges. Une version complète de ce document est disponible en format électronique sur le site Web de la Commission du droit du Canada, à l'adresse www.cdc.gc.ca, sous la rubrique Rapports — Table ronde sur le renvoi relatif à la rémunération des juges des cours provinciales. Si vous avez des commentaires sur cette affaire ou à propos des idées exprimées dans les documents rassemblés ici, nous serions heureux de les recevoir, par la poste, à l'adresse suivante :

Commission du droit du Canada,
473, rue Albert, 1^{er} étage,
Ottawa (Ontario)
Canada, K1A 0H8

ou par courrier électronique à info@cdc.gc.ca.

Le 7 mars 1998, la Commission du droit du Canada a tenu une Table ronde à Victoria, en Colombie-Britannique, afin d'examiner les répercussions de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *du Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. La Table ronde a réuni des juges nommés par le fédéral (notamment des membres du Conseil canadien de la magistrature), des juges des cours provinciales, des sous-procureurs généraux et des représentant(e)s des organismes centraux de toutes les provinces et de tous les territoires.

Dans le cadre de cet exercice, la Commission du droit du Canada a demandé à certain(e)s universitaires de produire des documents à distribuer aux invité(e)s. Ces documents, préparés par des expert(e)s en droit, en philosophie, en sciences politiques et en administration publique ont été conçus pour offrir aux participant(e)s un point de vue multidisciplinaire sur les diverses questions soulevées par la décision. À la Table ronde elle-même, les exposés oraux de ces expert(e)s ont suscité des discussions très variées sur les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au Canada aujourd'hui.

À la suite de la Table ronde, plusieurs participant(e)s ont indiqué qu'ils aimeraient que les versions finales de ces documents soient disponibles sous une forme permanente. On a également demandé à la Commission du droit du Canada de préparer un bref sommaire des discussions de la Table ronde afin d'en faire une distribution plus générale.

Le présent recueil est le fruit de ces demandes. Les documents présentés ici représentent les commentaires experts des auteurs respectifs. Ils ne reflètent donc pas nécessairement l'opinion de la Commission du droit du Canada.

Nous remercions les expert(e)s invité(e)s à la séance d'avoir accepté de réviser leurs documents afin qu'ils soient publiés sous cette forme. Nous sommes reconnaissant(e)s que ce document s'avérera une ressource

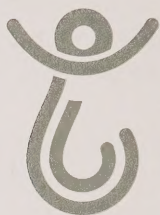


Canada

ISBN 0-662-64237-6
Nº de catalogue JL 2-4/99

Établir la rémunération des juges

Perspectives multidisciplinaires



COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA

Établir la rémunération des juges

Perspectives multidisciplinaires



COMMISSION DU DROIT DU CANADA
LAW COMMISSION OF CANADA

